

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS JURÍDICAS NO PROCESSO PENAL*

ODONE SANGUINÉ

Professor Associado de Direito Penal e Processual Penal da UFRGS. Doutor pela Universidade Autônoma de Barcelona. Advogado. Desembargador aposentado do TJRS.

Resumo: O acolhimento da responsabilidade criminal das corporações (pessoas jurídicas) suscita problemas não somente de direito penal, mas também de natureza processual penal. Um destes problemas concerne à questão geral da aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais às pessoas jurídicas acusadas em um processo penal, aspecto que tem sido objeto de intensa controvérsia na jurisprudência norte-americana e que recém começa a ser discutido na União Europeia.

Palavras-Chave: direitos constitucionais, corporações, empresas, pessoa jurídica, processo penal.

Abstract: The reception of criminal liability of corporations (legal entities) raises not only problems of criminal law, but also of criminal procedural. One of these problems concerns the general question of the applicability of fundamental constitutional rights to legal entities accused in a criminal case, an aspect that has been object of intense controversy in the jurisprudence of the USA and that is just beginning to be discussed in the European Union.

Keywords: constitutional rights, corporations, companies, enterprises, legal entity, criminal proceedings.

1. Introdução

A responsabilidade criminal das pessoas jurídicas (corporações ou entidades coletivas) evoluiu lentamente no sistema da ‘*common law*’ (Inglaterra, Estados Unidos da América) e, de forma mais dinâmica, nos países da ‘*Commonwealth*’ (Canadá, Nova Zelândia e Austrália,

* Artigo publicado no livro coletivo AA.VV. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, volume II (org. Fauzi Hassan Choukr, Maria Fernanda Loureiro e John Vervaele). Fecomercio, SP, 2014, p.151-219. Uma versão anterior deste trabalho foi publicada em língua espanhola com o título “*Derechos Fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal*”, no livro coletivo: “VV.AA. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*” (coord. Miguel Ontiveros), Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p.413-495.

com o Código Penal de 1995). Nos últimos anos, a grande maioria dos países da Comunidade Europeia¹, pertencente ao sistema continental europeu ('civil law'), incluindo Espanha (com a recente reforma da parte geral do Código Penal Espanhol de 2010), passaram a acolher a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas². Na América Latina, exemplificativamente no Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica está reconhecida em relação aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º, da CF) e às atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º, da CF). Somente dez anos depois, a Lei nº 9.605/98 estabeleceu no art. 3º e seguintes os pressupostos da responsabilidade das empresas por crimes contra o meio ambiente e elencou as respectivas penas compatíveis com a sua natureza. Mais recentemente, no Chile, a Lei n. 20.393, de 02/12/2009, estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em relação aos delitos de lavagem de capitais, financiamento do terrorismo, suborno etc.

A responsabilidade criminal das corporações suscita problemas não somente de direito penal, mas também de natureza processual penal. Um destes problemas concerne à questão geral de quais salvaguardas constitucionais dispõem as pessoas jurídicas, aspecto que tem sido objeto de intensa controvérsia na jurisprudência norte-americana³ e que recém começa a ser discutido na Comunidade Europeia.

O acolhimento da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal material exige uma correlata reforma legislativa paralela ou subsequente que crie um estatuto processual da pessoa jurídica estabelecendo regras mínimas sobre representação, capacidade em julgamento, competência, garantias do devido processo etc.⁴.

Ademais, surge de imediato a questão da proteção dos direitos fundamentais da pessoa jurídica imputada. Três aspectos adquirem importância: em primeiro lugar, a indagação sobre a titularidade de direitos fundamentais por parte da pessoa jurídica; em segundo lugar, se os entes corporativos devem desfrutar de idênticos direitos que a Constituição Federal reconhece às pessoas físicas; por último, a necessidade de estabelecer uma distinção entre direitos fundamentais que não são cabíveis às corporações, aqueles indiscutivelmente aplicáveis e os que somente podem sê-lo, porém com adaptações⁵.

¹ Pelo menos 19 países da Comunidade Europeia acolhem a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas (Áustria, Bélgica, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Hungria, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, Polônia, Portugal, Romênia, Slovênia, Espanha e Reino Unido), enquanto somente três países (República Checa, Alemanha e Suécia) permanecem adotando um sistema de responsabilidade administrativa ou administrativa quase-penal, vide, por todos, VV.AA. *European Developments in corporate criminal liability* (coord. James Gobert/Ana-Maria Pascal), Routledge, 2011, *passim*; VV.AA. *Corporate criminal liability. Emergence, Convergence, and Risk* (coord. Mark Pieth/Radha Ivory), Springer, 2011, *passim*.

² PIETH, Mark/IVORY, Radha. *Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview*, In VV.AA. *Corporate criminal liability. Emergence, Convergence, and Risk*, p.7 e ss. Pieth/Radha Pieth/Radha Ivory), Springer, 2011, p.7 e ss.

³ FIRST, Harry: *Business Crime. Cases and Materials*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1990, pp. 382 e 399;

⁴ Vide ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp.149-153 e ss.

⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*. In ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp.52-54. Por exemplo, a jurisprudência brasileira reiterada considera que não é cabível a ação constitucional de 'habeas corpus' para tutelar pessoa jurídica acusada de crime ambiental. Embora se admita a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, quando se encontra no polo passivo de ação penal, ela "não pode se valer do habeas

Portanto, é fundamental realizar o traslado, com as correspondentes adaptações, de determinados direitos processuais constitucionais, tradicionalmente assegurados às pessoas físicas, indispensáveis para assegurar o devido processo legal ou tutela judicial efetiva com uma adequada defesa e representação⁶. Em princípio, deve levar-se a cabo um tratamento tanto processual como material idêntico entre pessoa física e jurídica, sem reduzir garantias processuais nem substantivas⁷. A equiparação da cidadania individual e *ciudadania corporativa* conduzem à concessão de idênticas garantias às pessoas jurídicas no âmbito processual⁸. Todavia, como assinala Gómez-Colomer, os direitos fundamentais da pessoa jurídica aplicáveis no processo penal não podem excluir ou colidir com o das pessoas físicas integrantes da empresa na medida em que não existe solidariedade entre os acusados em um mesmo processo e conseqüentemente cada uma delas desfruta com autonomia dos direitos fundamentais que lhe são aplicáveis, mesmo que se trate do mesmo direito constitucional⁹.

Há um elenco de direitos fundamentais que podem facilmente ter significado para as pessoas jurídicas submetidas a processos criminais. Estes incluem, por exemplo, o princípio da legalidade, o direito ao processo justo, à presunção de inocência, à liberdade de expressão, religião, associação, à propriedade, a proibição de discriminação, reparação por violações de direitos fundamentais etc.¹⁰.

2. A titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica no processo penal

O sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos protege não somente alguns direitos de indivíduos considerados como membros de um grupo social determinado, mas igualmente certos direitos de uma organização ou de um grupo. Na prática da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, os direitos garantidos pela Convenção foram progressivamente reconhecidos ao agrupamento enquanto tal, sem referência particular aos indivíduos que o compõem, desde que se trate de direitos compatíveis com a natureza particular da pessoa jurídica. Portanto, a pessoa jurídica pode reclamar uma violação do art. 6

corpus, uma vez que o bem jurídico por ele tutelado é a liberdade corporal, própria das pessoas naturais” (HC 180987/RS, 5ª T., STJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/09/2013, DJe 18/09/2013). Como a pessoa Jurídica somente poderá ser punida com multa e pena restritiva de direitos, a liberdade de locomoção não está, nem mesmo indiretamente, ameaçada ou restringida. A ação constitucional de *habeas corpus* somente tutela a “liberdade de locomoção” do indivíduo, pessoa física (HC 88747 AgR/ES, 1ª T., STF, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/09/2009, DJe 29/10/2009; HC 92921/BA, 1ª T., STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/08/2008, DJe 26/09/2008).

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. In VV.AA. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas, 2012, p.278

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.281.

⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.281.

⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.54.

¹⁰ VAN KEMPEN, Piet Hein. The recognition of legal persons and international human rights instruments: protection against and through criminal justice ? In VV.AA. *Corporate criminal liability. Emergence, Convergence, and Risk* (coord. Mark Pieth/Radha Ivory), Springer, 2011, pp.371-375.

da CEDH (o direito de ter um processo equitativo) quando sofre uma acusação em matéria penal¹¹.

Diferentemente de outras Constituições (*por exemplo*, artigos 19.3 da Constituição Alemã e art. 12.2 da Constituição Portuguesa), a Constituição Espanhola não contém nenhum preceito equivalente sobre a aptidão das pessoas jurídicas para ser titulares de direitos fundamentais. Não obstante, o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu que, embora não se explicita nos termos com que se proclamam nos textos constitucionais de outros Estados, os direitos fundamentais vigem também para as pessoas jurídicas nacionais na medida em que, por sua natureza, resultem aplicáveis a elas. Entretanto, afirmada, em abstrato, a titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica, não cabe realizar afirmações absolutas, mas essa capacidade necessita ser delimitada e concretizada conforme: (a) a natureza de cada direito fundamental (*v. g.*, não haveria problema em relação ao direito à tutela judicial efetiva, à legalidade sancionadora, à liberdade de empresa, à liberdade sindical, liberdade de expressão, direito de associação (partidos políticos), direito à honra suscetível de proteção e reparação mediante ação civil indenizatória por dano moral para preservar sua idoneidade financeira e sua reputação, etc.; porém, excluir-se-ia, em princípio, o direito à vida, à liberdade pessoal, à integridade física ou à liberdade de locomoção e a não sofrer tratamento desumano e degradante, à intimidade familiar, ao matrimônio, entre outros) e, conseqüentemente, a possibilidade de que seja suscetível seu exercício pela pessoa jurídica; (b) a natureza da pessoa jurídica (pública ou privada) e os fins da mesma e sua vinculação com determinado direito fundamental¹².

Em relação ao processo penal, devem ser reconhecidos às pessoas jurídicas os princípios e garantias que desfrutam da categoria de direitos fundamentais¹³, salvo aqueles que somente tenham sentido em razão da condição física do imputado, hipótese em que provavelmente não possam ser titulares¹⁴. Por exemplo, o direito à *liberdade de expressão* (*'freedom of speech'*) vem sendo reconhecido pela jurisprudência do TEDH e pelas Cortes Inglesas¹⁵, bem como pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA¹⁶.

¹¹ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. La sauvegarde des droits de la defense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits. In VV.AA. *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique* (dir. Marc Nihoul), 2005, La Charte, pp.310-312.

¹² ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant 16 blanch, Valencia, 2004, pp.124-134 e 168 e ss., mencionando que o TCE vem declarando que as pessoas jurídicas públicas não são, em princípio, titulares de direitos fundamentais e que, somente excepcionalmente, se pode ser reconhecida essa titularidade, por exemplo, em relação ao direito à tutela judicial efetiva, em sua dimensão processual, ou o direito à igualdade na aplicação da lei, a liberdade de informação dos meios de comunicação social, entre outros (ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, p.257 e ss. e 328 e ss.); ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.153; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, pp.54-55; AG (AgRg) 244.072/SP, 2ª T., STF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 02/04/2002, DJ 17/05/2002, p.70.

¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.154.

¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.200; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.67-68.

¹⁵ Vide SSTEDH, caso Handyside v. UK, 1976; GOODWIN v. UK; Vide casos decididos pelas Cortes Inglesas: Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd., 2002; Financial Times Ltd. V. Interbrew S.A., 2002, cfe. PINTO, Amanda/EVANS, Martin. *Corporate Criminal Liability*, pp.209-212.

3. Direito ao devido processo legal

Nos EUA a jurisprudência dos Tribunais considera que as corporações têm direito às proteções da cláusula do devido processo legal (*'due process of law'*) de acordo com a 5ª e 4ª Emendas¹⁷.

Na Comunidade Europeia, as pessoas jurídicas gozam da titularidade de direitos fundamentais como os reconhecidos no art. 24 da Constituição Espanhola, sob a rubrica da tutela judicial efetiva (garantias de acesso ao processo, audiência, igualdade de armas e defesa contraditória, em particular, a presunção de inocência, em seu duplo aspecto como regra de tratamento do imputado e como regra de julgamento) e uma série de garantias de desenvolvimento do processo e da decisão judicial: processo público com todas as garantias, ausência de dilações indevidas, motivação e correlação entre acusação e sentença, proibição de *reformatio in peius*, imutabilidade (força de coisa julgada) da sentença. Ademais, são titulares de direitos fundamentais reconhecidos em textos normativos supranacionais, em especial, o art. 6º do CEDH e o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como os arts. 47 a 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou seja, o direito à ação e a um Tribunal imparcial, presunção de inocência, em seu duplo aspecto, como regra de tratamento do imputado e como regra de julgamento, direitos de defesa, princípios de legalidade e proporcionalidade dos delitos e das penas, direito ao *non bis in idem*¹⁸. Porém, não se tratam somente dos direitos fundamentais reconhecidos no art. 24 CE, mas também cabe contar com uma progressiva extensão direcionada a outros direitos fundamentais cuja restrição pode ser necessária para o desenvolvimento da investigação penal – como o segredo das comunicações ou a inviolabilidade do domicílio da pessoa jurídica¹⁹.

A *'Ley de Enjuiciamiento Criminal'* Espanhola (LECRIM) reconhece expressamente o direito à última palavra, a guardar silêncio, a não declarar contra si mesma e a não confessar-se culpada (artigo 786 bis LECRIM)²⁰.

No âmbito da União Europeia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE) considera que o direito à *tutela judicial efetiva* consagrada no art. 47 e §§ 1º e 2º do Tratado da União Europeia pode ser reclamado pelas pessoas jurídicas²¹. Os textos constitucionais e supranacionais não atribuem direitos e garantias supérfluos aos imputados. O fato de que a pessoa jurídica seja sujeito passivo de um processo penal exige reconhecer-lhe justamente uma série de direitos e garantias sem as quais não estariam legitimados a persecução penal e o posterior castigo, pois não poderia ser colocada em pior condição ou com menos direitos que a pessoa física. Se o legislador adotou a diretriz política-criminal de

¹⁶ A Suprema Corte dos USA tem reconhecido às corporações o direito à liberdade de expressão previsto na 1ª Emenda da Constituição Norteamericana, vide: *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 1978; *Citizens United v. v. Federal Election Commission*, 2010; MONKS, Roberta A. G./MINOW, Nell. *Corporate governance*, 5ª ed., 2011, pp.11 e 41 e ss.

¹⁷ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 886, nota 223.

¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.154; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.67.

¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.109.

²⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.154.

²¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.279.

responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, deve-lhes outorgar similares garantias como sujeito passivo do processo penal, para evitar inconstitucionalidade²².

O Tribunal Constitucional espanhol segue, em termos gerais, a diretriz fixada pela jurisprudência e doutrina alemã declarando que os direitos fundamentais vigem também para as pessoas jurídicas na medida em que sejam aplicáveis ou compatíveis com sua especial natureza²³. A recente Lei processual espanhola n. 37, de 10 de outubro de 2011 (*Ley de Medidas de Agilización Procesal* - LMAP), seguiu expressamente este critério, por exemplo, no art. 409 bis, ao estabelecer que à declaração prestada pelo representante designado pela pessoa jurídica – ou se for o caso, o advogado defensor – lhe será aplicável o disposto nos preceitos do presente capítulo no que não seja incompatível com sua especial natureza²⁴.

Porém, deve ter-se em conta que o exercício dos direitos e garantias fundamentais por parte das pessoas jurídicas será diverso em função de seu conteúdo. Em grande medida, para a materialização dos direitos e garantias da pessoa jurídica, será necessária sempre a atuação de uma pessoa física como representante da pessoa jurídica para o processo penal²⁵.

Não obstante, é preciso evitar que a peculiar forma de participar da pessoa jurídica no processo – através de um representante – se converta em uma via para que as autoridades de persecução penal burlem os direitos fundamentais desta e, em especial, o direito a não declarar contra si mesma, pela mera existência, junto a um único representante, de uma pluralidade de dirigentes ou de empregados em posse de informação de conteúdo incriminador²⁶.

3.1. Direito à ampla defesa

As pessoas jurídicas que figurem como inculpadas, ou seja, investigadas ou acusadas no processo penal, junto com a pessoa física se também contra ela se dirige o processo ou isoladamente, ostentam o direito de defesa assegurado às pessoas físicas²⁷.

Os diferentes direitos que conformam o direito à ampla defesa são geralmente aplicáveis na medida em que a natureza da pessoa jurídica o permita, por exemplo, o direito a guardar silêncio, o direito à intérprete no caso de empresa estrangeira (se assim for solicitado, para que tenha conhecimento da imputação em língua que indique como própria ou do país de sua

²² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.200; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.66-67.

²³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.280 e nota 12.

²⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.281.

²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.200; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, p.68; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.280.

²⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.211; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, p.110.

²⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.158; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.199.

nacionalidade ou no qual se situe espacialmente), o direito à última palavra e o direito à nomeação de um defensor público para evitar a nulidade por falta de defesa²⁸.

O processo penal tem por objeto o fato punível, ou seja, uma ou várias condutas, que devem ser objeto de investigação e posteriormente de prova e sobre os quais devem versar as alegações e pretensões das partes e julgamento pelo poder judiciário. Assim, o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica exige definir quais são os fatos que constituem o objeto do processo penal, que conformam o que nele será o *'thema probandi'* e *'thema decidendi'*. É preciso haver estabelecido quais são os fatos ou condutas dos quais deriva a responsabilidade penal da pessoa jurídica, para definir em consequência o que deve ser provado e, em geral, qual é a *'quaestio facti'* em relação com a qual a pessoa jurídica se vê forçada a assumir a condição de parte passiva no processo penal. Como de regra o processo penal se abrirá de forma conjunta ante a pessoa jurídica e ante a pessoa física, os fatos penalmente relevantes para o processo e que fundam a responsabilidade de cada qual se pode dividir em duas categorias, de modo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da ocorrência simultânea de fatos que *incumbem* ou *afetam* ou *pertencem* à pessoa jurídica: (a) os *'fatos constitutivos'* ou *'fatos de referência'* ou *'delito de base'* cometido por uma ou por várias pessoas físicas suscetíveis de tipificar-se como algum dos delitos aos quais se associa a responsabilidade penal da pessoa jurídica; (b) os *'fatos internos'* da pessoa jurídica, que são relevantes para determinar a existência e o grau de culpabilidade própria (defeito de organização ou a ausência de controle interno) da pessoa jurídica e que permitiram o cometimento do delito pelo dirigente ou empregado por conta e em proveito da empresa; (c) finalmente, os *'fatos próprios da pessoa física'*, ou seja, aqueles dos quais depende a culpabilidade *'stricto sensu'* da pessoa física à qual, se for o caso, se impute o cometimento dos fatos de referência²⁹.

Por sua vez, a responsabilidade penal da pessoa física está condicionada pelos fatos constitutivos de uma infração penal e pelos fatos dos quais depende a culpabilidade *'stricto sensu'* da pessoa física à qual, se for o caso, se impute o cometimento de fatos delitivos³⁰.

Os *'fatos de referência'* afetam ou pertencem tanto à pessoa como à pessoa jurídica e ao objeto do processo como fatos constitutivos de uma infração penal, ou seja, fatos cuja prova tem a consideração de prova da acusação. Os *'fatos internos'* da pessoa jurídica, por sua vez, pertencem somente à pessoa jurídica, enquanto que são irrelevantes para a pessoa física, pois em nada melhora ou piora sua posição o fato de que a pessoa jurídica possa ser ou não imputada. E, ao inverso, os *'fatos próprios da pessoa física'* pertencem exclusivamente à responsabilidade da pessoa física, pois em nada afetam a responsabilidade da pessoa jurídica, dada a autonomia entre ambas³¹.

Portanto, desde uma perspectiva processual, para poder condenar à pessoa jurídica é preciso provar os *'fatos de referência'* e os *'fatos internos'* daquela, ainda que o sujeito ativo dos primeiros (o dirigente ou o empregado não controlado) não seja o mesmo que o dos fatos

²⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.60; Circular n. 1/2011, da 'Fiscalía General del Estado', item n. VI.4).

²⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*. In ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa*, 2011-2012, Madrid, 2011, p.195; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.35; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.35-36.

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.195.

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.36.

internos (a própria pessoa jurídica ou as pessoas físicas encarregadas de implantar e fazer cumprir os controles). Os *'fatos de referência'*, no julgamento da empresa ou associação, não são somente *'thema probandi'*, mas também *'thema decidendi'*, ou seja, formam parte do processo e devem ser objeto de julgamento direto³².

Em consequência, sobre esses fatos – e sobre as qualificações jurídicas que neles se sustentam – se praticará o direito de defesa *'lato sensu'* do sujeito passivo do processo e nascerá o ônus da prova da parte acusadora. Somente a pessoa física pode atuar em relação aos seus fatos próprios no exercício do direito de defesa *'lato sensu'*. Em relação aos fatos de referência, a pessoa física – se esta é também sujeito passivo do processo penal – e a pessoa jurídica compartilham a posição de imputados (embora os fatos de referência não se lhe imputem penalmente *'stricto sensu'* à pessoa jurídica) e o exercício de faculdades defensivas. Os fatos internos, porém, lhe pertencem exclusivamente. Assim, a pessoa jurídica poderá realizar alegações e propor provas em relação a todas aquelas matérias das quais dependa a apreciação por parte do tribunal de que se cometeu o delito de base. As mesmas questões de fato incumbem de forma direta e simultânea a dois sujeitos processuais distintos, que compartilham a posição de imputados e o exercício de faculdades defensivas, de modo que ambos podem atuar em relação a estes fatos de forma diversa e independente, inclusive às vezes em sentidos opostos³³.

Pode produzir-se um risco ou inclusive um *eventual efetivo conflito de interesses* quando a pessoa física que, segundo os estatutos, representa legalmente a pessoa jurídica, também se encontre imputada na causa. A conveniência em colaborar com a investigação por parte da pessoa jurídica pode resultar prejudicial para seu representante. Nesta hipótese, deve ser a própria pessoa jurídica imputada quem designe seu representante e na escolha leve em conta e assuma o risco desse possível conflito de interesses³⁴. No caso de sociedade mercantil que conte com uma pluralidade de pessoas às quais possa confiar a representação, esse conflito de interesses poderia ser evitado mediante a designação de outro representante legal não imputado. Porém se não existir esta alternativa, o princípio acusatório obriga a separar as imputações, ainda que de maneira meramente instrumental para favorecer a formulação e o conhecimento prévio de acusações, a prática da prova e a discriminação de pronunciamentos na sentença final e, portanto, evitando a falta de defesa³⁵. Não cabe ao Juiz Instrutor decidir quem é o representante legal da pessoa jurídica, que poderá variar no curso do procedimento. Por isso, não cabe *revelia* do imputado-pessoa jurídica; sempre deve haver alguém que represente a entidade³⁶.

Com efeito, não pode ser declarada a revelia da pessoa jurídica imputada nem se suscitará a necessidade de um julgamento em ausência pelo fato de que seu representante não

³² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.196; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.36-37.

³³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, pp.196-197; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.37-39.

³⁴ BANACLOCHE PALAO, Julio. La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción. In VV. AA. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, 2011, pp.170-171 e 201.

³⁵ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, p.262.

³⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, pp.201-202.

tenha comparecido às sessões do julgamento quando tenha designado procurador com poder suficiente e com advogado defensor porque se considera que já compareceu no processo. E no caso de não comparecimento no julgamento oral do representante legal da empresa imputada, pode declarar-se equivalente ao seu acolhimento ao direito ao silêncio. Somente se interposta uma petição de interrogatório ou de acareação por outro coimputado ou por uma acusação, poderia o tribunal dispor a suspensão do julgamento oral até seu comparecimento. Em consequência, não seria necessário julgar em ausência a uma pessoa jurídica acusada. Todavia, na hipótese de que o seu advogado e o seu procurador não comparecem no julgamento oral, apesar de terem sido corretamente citados, será possível submeter a julgamento a empresa ‘ausente’³⁷.

Ademais, será necessário nomear *diferentes defesas técnicas* (advogados) para pessoas físicas e jurídicas para evitar um conflito de interesses processuais entre a pessoa jurídica e a pessoa física. A pessoa jurídica deverá ter seu próprio advogado, não podendo haver compartilhamento de um único advogado invocando argumentos de economia processual. Também é necessário um especial cuidado nas etapas iniciais de investigações internas levadas a cabo pela própria pessoa jurídica já que, *servata distantia*, a posição que adota nesses casos a pessoa jurídica é similar a de um promotor³⁸.

Uma vez que a pessoa jurídica seja parte no processo penal como imputada ou acusada, isso significa que devem respeitar-se seus direitos fundamentais processuais e que tenha o poder de atuar no processo penal e, a tal fim, necessita que a represente uma pessoa física³⁹.

Em relação à capacidade para ser parte processual, comparecimento e atuação da pessoa jurídica no processo penal e o direito ao silêncio, os artigos 119 e 409 bis LECRIM, introduzido pela LMAP, estabelecem o seguinte: (a) *comparecimento* da pessoa jurídica (art. 119 LECRIM): a citação se fará no domicílio social da pessoa jurídica; (b) o comparecimento será realizado com a presença do procurador acompanhado do advogado da pessoa jurídica, designado ou nomeado; (c) se tomará declaração ao *representante* especialmente designado pela pessoa jurídica, segundo suas regras internas, assistido de Advogado para este procedimento; (d) no caso de não fazê-lo ou se este representante não comparecer, o juiz procederá à designação (nomeação) de ofício de advogado e procurador para as atuações sucessivas para todos os efeitos; (e) a ausência ao ato do representante especialmente designado pela pessoa jurídica determinará a prática do mesmo com o advogado da entidade, entendendo-se que se acolhe o seu direito ao silêncio; (f) o juiz informará ao representante da pessoa jurídica ou, se for o caso, ao advogado, dos fatos que se imputam a esta⁴⁰.

Assim ocorre também nos Estados Unidos da América (EUA), onde os demais direitos contemplados na 6ª. Emenda, tais como o *direito a um rápido e público julgamento* (*‘speedy*

³⁷ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral. In VV. AA. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, 2011, pp.258-261.

³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.282; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, pp.58-59.

³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.79.

⁴⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.158-159; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.282-283; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.80 e ss.; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.137-138.

and public trial'), *direito de ser informado* do crime acusado etc., também se aplicam às corporações porque a necessidade de proteger acusados é muito mais importante que qualquer potencial prejuízo para a execução do programa governamental. Efetivamente, acabaria com o conceito de devido processo, que a Corte tem considerado aplicável às corporações, denegar-lhes esses direitos no processo porque isso mitigaria muito o encargo do governo de provar a culpa além de qualquer dúvida razoável, o que suscitaria a questão de se um veredito de culpa é confiável⁴¹. Ademais, uma das proteções constitucionais de que a corporação dispõe é a exigência de prova além de uma dúvida razoável (*'proof beyond a reasonable doubt'*)⁴².

Em relação às *diligências de investigação ou de prova antecipada* (art. 120 LECRIM): (a) a presença da pessoa jurídica imputada na prática de tais diligências deve ser entendida como referidas ao representante especialmente designado pela entidade, que as poderá assistir acompanhado do advogado encarregado da defesa da empresa; (b) o não comparecimento da pessoa especialmente designada não impedirá a celebração do ato de investigação ou de prova antecipada que se realizará com o advogado defensor⁴³.

Apesar de que o representante é *'ad hoc'* – nada estabelecendo a legislação acerca de quem poderá ostentar essa condição ou como haverá de proceder-se a sua designação –, segundo estabelece o art. 786 bis.1.II LECRIM, não se poderá designar como representante da pessoa jurídica na fase do julgamento oral a quem haja de declarar no julgamento como testemunha (ou, *a fortiori*, como coimputado junto com a pessoa jurídica) com a finalidade de evitar a fraude que consistiria em que a pessoa jurídica acusada pudesse evitar uma declaração testemunhal incriminatória pelo viés de designar representante – com direito ao silêncio à testemunha acusatória básica que, do contrário, teria o dever de dizer a verdade⁴⁴.

Para evitar uma aplicação demasiado *extensiva* dessa regra – que poderia afetar de forma negativa o direito da pessoa jurídica a não autoincriminação e poderia privá-la da possibilidade de dispor de um representante em quem tenha suficiente confiança e conhecimento da causa penal, necessário para o exercício do direito de defesa –, poderia propor-se um limite implícito a essa regra. Assim, a proibição legislativa ficaria vinculada: (a) ao tipo de fatos em relação aos quais devesse testemunhar a pessoa à qual não se permita ser representante; (b) à relação da testemunha com a estrutura da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, o encarregado da realização de um *'compliance officer'* poderia ser representante da pessoa jurídica e poderia explicar o funcionamento de um programa de cumprimento (fato interno da pessoa jurídica)⁴⁵.

À pessoa jurídica somente são aplicáveis (art. 33.7, último parágrafo da LECRIM) as *medidas cautelares* restritivas de direitos durante a instrução da causa estão limitadas às legalmente previstas relacionadas com a imputação da responsabilidade penal, ou seja, o

⁴¹ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 886, nota 326.

⁴² BAKER, John S.: "Criminal Law", in *La. L. Rev.*, 1983, p. 294.

⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.159.

⁴⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.160 e nota 273; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.80-85, que, pelo contrário, considera que não existe argumento normativo claro para excluir como representante da pessoa jurídica à pessoa física co-imputada, cabendo esperar que a própria pessoa jurídica evite essa situação de conflito designando como representante em juízo a uma pessoa que não esteja imputada.

⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.82-83.

fechamento temporário dos locais ou estabelecimentos, a suspensão das atividades sociais e a intervenção judicial, desde que presentes os pressupostos gerais da tutela cautelar: *fumus commissi delicti* (aparência de um fato delitivo imputável à pessoa jurídica) e *periculum libertatis* (que inclui a exigência de fins constitucionalmente legítimos: evitar o risco de reiteração delitiva, em relação às medidas de suspensão cautelar de atividades e fechamento cautelar de locais e estabelecimento, bem como o risco de perda patrimonial que pode frustrar a execução da pena e a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores e dos credores no caso da intervenção judicial cautelar). A medida cautelar será decretada pelo juiz instrutor mediante prévia petição de parte e celebração de vista, à qual se citará a todas as partes. Portanto, o conteúdo de algumas das penas previstas para as pessoas jurídicas – especialmente as previstas nos parágrafos ‘c’, ‘d’ e ‘g’ do art. 33.7 do Código Penal – são antecipadas provisoriamente a título de medida cautelar e haverá a detração para o cumprimento da pena eventualmente imposta na sentença⁴⁶.

A declaração da pessoa jurídica (art. 409 bis LECRIM): (a) será tomada declaração do representante especialmente designado por ela, assistido por seu advogado⁴⁷, em relação à qual incide o direito ao silêncio e a não autoincriminação⁴⁸. Não obstante, o não comparecimento da pessoa especialmente designada pela pessoa jurídica para sua representação determinará que se tenha por celebrado este ato, entendendo-se que se acolhe seu direito a não declarar, como dispõe expressamente o art. 409 bis LECRIM⁴⁹.

A pessoa física que representa e declara em nome da pessoa jurídica terá direito ao silêncio e a não autoincriminação, bem como o direito à última palavra ao finalizar o ato do julgamento⁵⁰.

A pessoa jurídica poderá prestar um acordo (‘conformidad’) processual benéfico aos seus interesses, por meio de seu representante legal especialmente designado, desde que tenha poderes especiais (v.g., atenuante da colaboração com autoridades). Dita conformidade poderá realizar-se com independência dos interesses processuais das pessoas físicas acusadas, e seu conteúdo não vinculará no julgamento que se celebre em relação a estas (art. 787, parágrafo 8, LECRIM)⁵¹. A confissão e conformidade do representante legal vinculará a empresa acusada⁵².

⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.282-283; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, 163; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, pp.216-217; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, p.153 e ss.; BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, pp.227-230. Vide, em geral, sobre a prisão provisória como medida cautelar y como pena antecipada, vide SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p.188 e ss.

⁴⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.159.

⁴⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.282-283; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.159-160.

⁴⁹ Cfe. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.159.

⁵⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.159-160.

⁵¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.282-283; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin*

Para evitar uma situação de genuína falta de defesa, se a pessoa jurídica carece de recursos econômicos para custear a intervenção de advogado, deverá ter direito à assistência judiciária gratuita, pelo que deverá ser feita uma adequação da Lei 1/1996 ao novo sistema⁵³.

4. Direito a não autoincriminação

Um dos aspectos controvertidos consiste em saber se, e em que medida, as pessoas jurídicas podem evocar o direito a não autoincriminação expressado pelo brocardo latino “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (ninguém pode ser obrigado a acusar a si mesmo)⁵⁴. Esta questão que, ainda não foi submetida a um exame mais profundo no Direito Comparado, consiste em saber em que extensão os direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao devido processo legal são diretamente aplicáveis às pessoas jurídicas acusadas⁵⁵.

Inicialmente cabe mencionar que a moderna tendência, tanto na '*common law*' como em algumas legislações, tem sido de remover o benefício de alguns direitos fundamentais das empresas, tais como o privilégio contra a autoincriminação ('*self-incrimination*') ou o privilégio da comunicação entre advogado e cliente ('*legal professional privilege*')⁵⁶.

Pelo contrário, na Inglaterra, Canadá e Nova Zelândia, salvo algumas particularidades, os Tribunais consideram que a empresa pode reclamar o privilégio contra a autoincriminação⁵⁷. O Supremo Tribunal da Austrália adotou uma orientação peculiar no caso *EPA v. Caltex* (1993). Apesar de ter concordado com a jurisprudência dos EUA ao considerar que o privilégio se limita à pessoa humana e, portanto, nem a corporação (através dos seus representantes) nem o agente de uma corporação podem negar-se a produção obrigatória de documentos incriminadores contra os seus '*alter-egos*', divergiu em parte da jurisprudência norte-americana porque reconheceu que as pessoas físicas podem invocar o privilégio para negar a produção de documentos que podem incriminá-los pessoalmente⁵⁸.

personalidad y de sus directivos, p.164; ZARZALEJOS NIETO, Jesús. La conformidad de la persona jurídica imputada. In VV. AA. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp.273-275.

⁵² ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, p.264.

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.210.

⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, In Revista Direitos Fundamentais & Justiça, nº 8, jul./set., Porto Alegre, 2009, pp. 13-18.

⁵⁵ Vide: PINTO, Amanda/EVANS, Martin. *Corporate Criminal Liability*, pp.202-203 y ss.; GOBERT, James/PUNCH, Maurice. *Rethinking corporate crime*, LexisNexis Butterworths, 2003, p.197 y ss.; GARLAND, Norman M. *The Unavailability to Corporations of the Privilege Against Self-Incrimination*, p.57 e ss., con referencia a las sentencias Rio Tinto Zinc Corp v. Westinghouse Electric Corp, 1978; Triplex Safety Glass Co., Ltd. v. Lancegay Safety Glass (1934) Ltd. (Inglaterra); Webster v. Soloway Mills & Co., 1931; R. v. Amway Corp., 1989 (Canadá); New Zealand Apple and Pear Marketing Bd. v. Master & Sons Ltd., 1986 (Nueva Zelanda).

⁵⁶ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, Oxford University Press, Melbourne, 2002, p.36.

⁵⁷ Vide, CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.39.

⁵⁸ GARLAND, Norman M. The Unavailability to Corporations of the Privilege Against Self-Incrimination: A Comparative Examination Based on EPA v. Caltex, High Court of Australia, in *16 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 55 (1996), p.56 y ss.

Enquanto essa tendência pode ser justificada sob o fundamento de que é necessário facilitar a persecução do crime corporativo, pode ser lembrado que isso também pode levar à erosão da proteção para os funcionários acusados, particularmente quando a responsabilidade individual e corporativa está geralmente inter-relacionada⁵⁹.

4.1. Estados Unidos da América

Durante o Século XX, a Corte Suprema norte-americana seguiu, ao que parece, uma abordagem ‘*ad hoc*’ para a questão de quais direitos constitucionais a corporação pode invocar⁶⁰.

No primeiro precedente norte-americano (*Boyd v. United States*, 1886), o Governo solicitou a obtenção de documentos de uma sociedade (‘*partnership*’) no curso de um procedimento de busca e apreensão (‘*forfeiture*’). A Suprema Corte adotou um entendimento amplo do direito a não autoincriminação aplicável às empresas e decidiu que o governo não poderia forçá-las a produzir documentos incriminadores. A Corte considerou que não havia diferença entre obrigar uma pessoa a apresentar seus documentos privados e livros incriminadores e obrigar a pessoa a se autoincriminar por meio de testemunho oral. Os documentos pessoais podem ter um valor preponderantemente testemunhal, estando por isso protegido pelo direito a não autoincriminação⁶¹.

Não obstante, alguns anos mais tarde, no caso *Hale v. Henkel* (1906), a Suprema Corte norte-americana retrocedeu em sua orientação jurisprudencial e declarou que o presidente de uma corporação não pode invocar a 5ª Emenda para evitar a produção de documentos de propriedade da empresa (mas em sua posse) inclusive se eles poderiam servir para incriminá-lo. O privilégio contra ‘*self-incrimination*’ é puramente pessoal da testemunha e não pode ser exercitado pela corporação. A 5ª. Emenda somente se aplica quando a pessoa pode se autoincriminar⁶². A corporação existe separada de seus agentes, e porque a corporação mesma não presta testemunho, ela não pode exercer qualquer solicitação do privilégio⁶³. Para a Suprema Corte, a corporação é uma criatura do Estado e, por isso, seria uma estranha anomalia considerar que o Estado, tendo licenciado a corporação para fazer uso de determinadas franquias, não possa no exercício de sua soberania exigir a apresentação de livros e documentos da corporação⁶⁴.

⁵⁹ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.36.

⁶⁰ A 4ª. Emenda da Constituição Americana dispõe que o “direito das pessoas de estarem protegidas em suas pessoas, casas, documentos, e bens não poderão ser violados”; NOTE: Constitutional Rights of the Corporate Person, *Constitutional Rights of the Corporate Person*, 91 Yale L. J., 1982, p. 1644; HENNING, Peter J.: “The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a approach to the constitutional rights of Croporations in Criminal prosecutions”, in *63 Tenn. L. Rev.* 793, 1996, pp. 795-796; FIRST, Harry: *Business Crime. Cases and Materials*, p. 394.

⁶¹ SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, p.133; MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.20.

⁶² HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 818; GOBERT, James/PUNCH, Maurice. *Rethinking corporate crime*, LexisNexis Butterworths, 2003, p.198.

⁶³ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, pp. 818-819.

⁶⁴ Vide os precedentes: *Hale v. Henkel*, 1906; *Wilson v. United States*, 1911; *Wheeler v. United States*, 1923, cfe. SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, *American Bar Association*, Chicago, 2009, p.28.

A Suprema Corte acolheu a doutrina denominada ‘*collective entity rule*’ segundo a qual as Corporações não desfrutam do direito a não autoincriminação. Como uma corporação somente pode agir através dos seus agentes, o indivíduo que produz documentos está de fato agindo como um agente da corporação. Permitir que a pessoa física reclamasse o privilégio seria efetivamente permitir que a corporação reclame o privilégio. O direito a não autoincriminação é um direito pessoal, que não pode ser atribuído às empresas, como criação jurídica do Estado, nem mesmo quando a principal testemunha seja um dos empregados. Este pode reclamar o mencionado direito constitucional, porém, não a própria empresa. Não pode ser dito que os indivíduos quando agem como representantes de um ente coletivo estejam exercitando seus direitos e deveres pessoais, nem que sejam titulares de seus privilégios puramente pessoais. Antes, aceitam os direitos, deveres e privilégios de uma entidade artificial ou associação da qual eles são representantes ou empregados e eles estão vinculados a suas obrigações. Se os trabalhadores de uma empresa pudessem rechaçar a entrega de livros e outros documentos concernentes à empresa, alegando como motivo da recusa o desejo de não incriminar a empresa, este comportamento levaria ao fracasso de muitos processos contra as ditas empresas nas quais toda a acusação se ampara sobre os referidos documentos. Quem guarda esses documentos age em nome da empresa, tendo por isso o dever de apresentar esses documentos se a isso for solicitado, sem que possa recusar seu fornecimento, com base nesse direito fundamental, inclusive quando daí resulte sua incriminação pessoal. É admissível não somente a aplicação de ‘*subpoenas*’ (ordem para comparecer num determinado local, a uma determinada hora para prestar declarações sobre um assunto de interesse governamental), como também que os documentos poderão ser utilizados contra elas em tribunal (princípio do ‘*collective entity rule*’). O direito a não autoincriminação não se aplica aos representantes da empresa que se neguem a entregar documentos que os poderiam incriminar. A entrega dos documentos não é, neste caso, um ato pessoal, mas um ato da pessoa coletiva, que não goza desse direito⁶⁵.

Conceder a mesma proteção à Corporação poderia, no final de contas, conferir tanta proteção que a perseguição criminal da corporação pode ser indevidamente frustrada. A categoria filosófica da corporação como um ser legal – seja uma entidade ‘real’ ou ‘artificial’ – não confere direitos constitucionais. Em vez disso, a questão é quanta proteção é ‘*apropriada*’ para a corporação⁶⁶. Em todo caso, o esforço da Corte Suprema para definir

⁶⁵ Vid. *Bellis v. US* (1974), no qual a Suprema Corte, seguindo a concepção restritiva do direito a não autoincriminação das entidades coletivas decidiu que um indivíduo não pode contar com o privilégio para evitar a produção de documentos de uma entidade coletiva que estão em sua posse em sua capacidade representativa, inclusive se estes documentos podem incriminá-lo pessoalmente; *US v. White*, 1944; *Andersen v. Maryland* (1976), a Suprema Corte destacou, não apenas o caráter *público* ou *privado* dos documentos, mas também a questão de saber se o respectivo conteúdo foi fornecido de forma *voluntária* ou sob *coação*. Assim, o âmbito de proteção do direito à não autoincriminação somente abrange o testemunho prestado sob *coação*; *Braswell v. US*, 1988; *Dreier v. US*, 1911, cfr. CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.42; MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.21-23. Consequentemente, a empresa não pode procurar evitar uma obrigação legal de informar em matéria ambiental com base em que a informação pode expor a corporação a potencial responsabilidade criminal. Os diretores (*managers*) poden, entretanto, em nome próprio, invocar este privilegio (CRONINGER, Marsha S./BEREZIN, Eric P.: *Environmental reporting and the fifth amendment under california’s new corporate criminal liability act*, 409 PLILit., 1991, pp.118-19)

⁶⁶ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 886.

limites constitucionais de busca em propriedade de negócios proporcionou uma proteção muito mais restrita do direito das Corporações do que desfruta um indivíduo⁶⁷.

A linha traçada pela Corte em *Hale v. Henkel* faz sentido à luz dos propósitos das duas proteções constitucionais e a sua relação com a necessidade do governo de perseguir crimes econômicos pela corporação. O direito da corporação para invocar o privilégio contra a autoincriminação poderia frustrar completamente a persecução criminal dos crimes corporativos. Uma vez que a 4ª. Emenda, por outro lado, protege contra intrusões desarrazoadas do governo, a permissão às corporações para invocar tal direito não impede a aplicação da lei penal à corporação⁶⁸.

Entretanto, como a entidade coletiva somente pode responder a um pedido de informação unicamente através de seus agentes, surge a questão de se a pessoa física que age como agente da corporação poderia reclamar pessoalmente o privilégio da 5ª Emenda quando responde a um pedido de documentos da entidade coletiva⁶⁹.

A '*collective entity doctrine*' somente se estende ao ato de produção de documentos, mas não ao *testemunho oral*. Quando uma pessoa física presta testemunho, ela está falando como testemunha e não como corporação. Portanto, a pessoa solicitada a apresentar documentos pode, todavia, reclamar o privilégio se convidada, por exemplo, a explicar certos documentos ou fornecer o paradeiro de documentos não produzidos. Não obstante, tem se considerado que a testemunha pode ser solicitada a identificar os documentos produzidos baseados em que tais declarações são auxiliares ao ato de produção e submete a testemunha a escasso risco de incriminação posterior⁷⁰.

Enquanto o direito à aplicação da 5ª Emenda à apresentação de documentos estava em constante mudança, a Suprema Corte efetivamente desmantelou a aplicação da 5ª Emenda ao conteúdo incriminador de documentos voluntariamente criados que havia sido estabelecida no precedente *Boyd*⁷¹.

A partir do precedente *Fisher v. United States* (1976), a Suprema Corte passou a restringir significativamente a aplicação da 5ª Emenda ao conteúdo dos documentos voluntariamente criados. Quando os documentos foram criados voluntariamente e a notificação ('*subpoena*') não exige que a testemunha reafirme, repita, ou afirme a verdade dos seus conteúdos, não incide o privilégio da 5ª Emenda. Este privilégio somente é aplicável à pessoa física quando a solicitação de documentos configura um ato de apresentação, ou seja, se, nas particulares circunstâncias do caso, o ato de apresentação dos documentos implicaria implicitamente um testemunho autoincriminador para o indivíduo, por exemplo, se implicitamente revela que o indivíduo sabia da existência, posse e controle dos documentos, ou conferindo-lhes autenticidade pela sua apresentação⁷².

⁶⁷ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 826.

⁶⁸ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a approach to the constitutional rights of Corporations in Criminal prosecutions*, pp. 796-797.

⁶⁹ SALKY, Steven M. *The privilege of silence*, p.29.

⁷⁰ *Curcio v. US*, 1957, cfe. CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.43.

⁷¹ SALKY, Steven M. *The privilege of silence*, p.133.

⁷² *Fisher v. US* (1976); *United States v. Doe* (1984), cfe. SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, pp.133-134; CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.43.

No caso *Braswell v. United States* (1988), a Suprema Corte, por escassa maioria, decidiu que, tendo em vista que a corporação não tem o privilégio da 5ª Emenda, a pessoa física (no caso um único acionista e agente da corporação) que age em nome da corporação, em sua condição de representante, apresentando seus documentos não pode reclamar o benefício do privilégio, pois assume certas obrigações, incluindo o dever de apresentar documentos da corporação mantidos na condição de representante. A Corte baseada na ficção (doutrina da *'collective entity'*) de que os depositários (*'custodians'*) agem somente como um representante da entidade, e não em sua condição pessoal, ao apresentarem os documentos da entidade solicitados pelo Governo. Sob tais circunstâncias, o ato de apresentação por parte dos depositários não é considerado um ato pessoal, mas antes um ato da corporação, mesmo quando o próprio ato de produção possa ser autoincriminador. Entretanto, como tais atos foram realizados na condição de representante, eles não teriam significação probatória como uma implícita admissão pessoal da pessoa física⁷³.

Por outro lado, é importante destacar, no entanto, que o precedente *Braswell* criou uma regra de exclusão (*'exclusionary rule'*) ou imunidade quase constitucional para o depositário da corporação solicitado a apresentar os documentos de uma entidade coletiva e proibiu ao Governo a utilização probatória direta de documentos contra o principal acionista da empresa, mais tarde, num processo individual contra o depositário (*'custodian'*), apesar de que este tenha agido em nome da empresa. Segundo a votação majoritária, como os depositários agem como representante, o ato é considerada como da corporação e não do indivíduo. Portanto, o governo não pode fazer uso probatório do 'ato individual' no julgamento em um processo criminal contra o depositário. Embora esta *'exclusionary rule'* seja descrita algumas vezes como concedendo uma imunidade individual ao depositário, ela não impede o Governo de fazer uso investigativo ou derivado do fato de que o indivíduo produziu os documentos. Contudo, ao limitar o uso probatório pelo fato de que a pessoa é forçada pelo Estado a apresentar documentos do ente coletivo, esta *'exclusionary rule'* criada judicialmente é válida para o depositário, na medida em que o Estado não pode informar ao Júri sobre o particular depositário da corporação que aportou o concreto documento.

Entretanto, a jurisprudência permanece dividida sobre a aplicação do precedente *Braswell* a antigos empregados. Diversas Cortes consideram que os antigos empregados que possuem documentos da corporação obtidos antes do término do emprego ainda são considerados como agentes da corporação quando convocados a produção destes documentos e, portanto, não desfrutam do privilégio contra a autoincriminação. Pelo contrário, outras Cortes consideram que se o empregado terminou seu relacionamento com a corporação (ou qualquer outra entidade coletiva), ele não mais age como seu representante, mas somente em sua condição pessoal, mesmo em relação aos registros corporativos que estejam em sua posse. Assim, um antigo empregado tem o direito a reclamar o privilégio da 5ª Emenda se o ato de produção dos documentos incriminá-lo⁷⁴.

⁷³ SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, pp.29-32; CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.43; HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, pp. 828-830; COLLINS, Catherine A. *The right against self-incrimination and the production of corporate papers: Braswell v. United States*, in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, volume 4 [1988], p.74.

⁷⁴ SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, pp.30-31; CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.43, nota 174.

A atual jurisprudência da Suprema Corte limitou a aplicação da 5ª Emenda ao ato de apresentação de documentos em reação a uma compulsão. Somente quando o ato de apresentação é incriminador – pela admissão implícita da existência de posse dos documentos solicitados, ou que os documentos são autênticos – a 5ª Emenda proporcionará proteção⁷⁵. Assim a Suprema Corte tem considerado que uma potencial testemunha que faz a entrega de um documento solicitado necessita satisfazer três condições para invocar com êxito o privilégio contra autoincriminação: primeiro, a testemunha deve demonstrar que a solicitação implica compulsão na preparação do documento e não só em sua produção; segundo, a testemunha necessita provar que a informação é testemunhal por natureza; e, finalmente, a testemunha deve mostrar que o ato de produção é autoincriminador⁷⁶.

Somente uma pessoa (v.g. empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) ('*sole proprietor*') ou sócio ('*partner*') como único dono em empresa de consultoria de duas pessoas que conduz seu negócio sozinho, sem usar a forma corporativa, poderia se recusar a produzir documentos com base no privilégio da 5ª Emenda, se a apresentação dos documentos fosse incriminá-la⁷⁷.

A jurisprudência estabelece uma distinção entre documentos que são mantidos como representante e aqueles que são mantidos pessoalmente. Se os documentos são mantidos na condição de representante, não pode ser exigido o privilégio. Se, entretanto, os documentos devem ser de propriedade privada da pessoa que reclamou o privilégio, ou pelo menos em sua posse em condição puramente pessoal, o privilégio pode ser reclamado inclusive quando a notificação ('*notice*') é dirigida a um funcionário da corporação⁷⁸.

Se a Corte Suprema permitisse às Corporações invocar a completa proteção das 4ª. e 5ª. Emendas poderia frustrar a aplicação dos esforços do governo tornando a investigação dos crimes das corporações virtualmente impossível. Por outro lado, simplesmente recusando estender a 4ª. e 5ª. Emenda às corporações acusadas poderia ser excessivo porque a Corte frequentemente reconhecia que as corporações eram pessoas ou cidadãos sob outras disposições da Constituição. Por conseguinte, a Corte escolheu a salomônica abordagem denegando a proteção da 5ª. Emenda embora reconhecendo uma determinada proteção da 4ª Emenda⁷⁹, ou seja, ao mesmo tempo, a Corte permitiu à Corporação questionar a apreensão pelo governo de documentos da corporação amparado na 4ª. Emenda, garantindo-a contra buscas e apreensões desarrazoadas⁸⁰.

Assim, a Suprema Corte norte-americana estendeu a inaplicabilidade do privilégio da 5ª Emenda para cobrir também um leque de outras organizações negociais ou outros tipos de

⁷⁵ SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, pp.133-134.

⁷⁶ United States v. Doe (1984); Fisher v. United States (1976), cfr. GOBERT, James/PUNCH, Maurice. *Rethinking corporate crime*, p.199.

⁷⁷ SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, pp.29-30, com referências a diversos precedentes da jurisprudência norteamericana.

⁷⁸ US v. White, 1944; Dreier v. US, 1911, cfe. CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, pp.42-43.

⁷⁹ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 818.

⁸⁰ NOTE: *Constitutional Rights of the Corporate Person, Constitutional Rights of the Corporate Person*, 91 Yale L. J., 1982, p. 1644; HENNING, Peter J.: "The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a approach to the constitutional rights of Croporations in Criminal prosecutions", in 63 *Tenn. L. Rev.* 793, 1996, pp. 795-796; FIRST, Harry: *Business Crime. Cases and Materials*, p. 394.

entidades artificiais, grupos ou associações que tenham um caráter impessoal. A afirmação desse privilégio poderia ter um efeito deletério sobre a aplicação de disposições reguladoras que foram projetadas para frear condutas corporativas ilícitas. Entretanto, a Corte não permite que o governo faça uso integral do ato de produzir documentos corporativos em guarda individual. Sob a 4ª. Emenda, a Corte reconhece um limitado direito da corporação que não é coextensivo com a proteção proporcionada ao indivíduo. Não obstante, ainda reconhece que denegar às corporações toda proteção de injustificadas buscas e apreensões poderia dar ao governo carta branca para abusar de seu poder⁸¹.

Esta doutrina se aplica a qualquer organização reconhecida como uma entidade independente separada de seus membros individuais e foi estendida a entidades sem personalidade jurídica (*'unincorporated'*) incluindo sociedades (*'partnerships'*) e empresas de investimentos (*'trusts'*)⁸².

Portanto, a tendência jurisprudencial norte-americana se inclina por negar a incidência do direito a não autoincriminação às corporações, embora a questão permaneça controversa na doutrina⁸³. Os documentos da empresa não estão protegidos pelo privilégio não importa quem esteja sendo solicitado a produzi-los, mas somente o indivíduo de ser 'compelido' a ser uma 'testemunha contra si mesmo'. A informação contida em documentos da empresa pré-existentes que simplesmente necessitam ser produzidos na Corte sem qualquer 'relato esclarecedor' por parte da testemunha, muito provavelmente não pode ser considerada uma informação privilegiada, independentemente de se é uma pessoa física ou uma entidade coletiva que está sendo solicitada a produzir a informação⁸⁴.

4.1.1. Análise crítica da teoria da entidade coletiva (*'collective entity'*)

A falência das empresas Enron, do setor energético, e Arthur Anderson, de auditoria financeira, provocou uma revolução paradigmática no âmbito da governança corporativa (*'corporate governance'*). Os dois memorandos – aprovados no Governo George W. Bush – *Thompson* (fornecendo um *'guidelines'* aos *'federal prosecutors'*, colocando grande ênfase na cooperação das empresas com a investigação) e *McNulty* (seguindo essa mesma tendência), apesar de declarar que as garantias que são asseguradas às pessoas físicas devem igualmente ser asseguradas às sociedades, pretenderam introduzir uma *deriva inquisitorial* no processo penal, abandonando a estrutura acusatória constitucionalmente consagrada⁸⁵. Ademais, a recente crise financeira no mercado hipotecário de alto risco (*Lehman Brothers, Bear Sterns, AIG*), impulsionou uma intensificação do controle por parte das entidades reguladoras com o

⁸¹ United States v. White, 1944; Bellis v. United States, 1974, cfe. SALKY, Steven M. *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, pp.28-29; HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, pp. 801-802 e 826.

⁸² Bellis v. US, 1974; US v. White, 1944; In Re Grand Jury Subpoena, 1992, cfr. CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.42; TRAINOR, Scott A. *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, pp.2168-2169.

⁸³ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.18-19.

⁸⁴ GOBERT, James/PUNCH, Maurice. *Rethinking corporate crime*, pp.198-199.

⁸⁵ Cfe. MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.24.

risco, alertado pela doutrina, de uma excessiva aplicação das normas aplicáveis às atividades reguladas. Com isso, o acento tônico volta a recair nos riscos de abuso de poder coercitivo sobre as grandes empresas, o qual sempre esteve na base do direito a não autoincriminação⁸⁶.

A recusa da proteção dos direitos fundamentais das pessoas coletivas empresariais conduz, por arrastamento, à violação dos direitos fundamentais dos indivíduos funcionalmente associados à empresa, na qualidade de administradores ou trabalhadores. As pessoas coletivas têm o direito a ser tratadas com dignidade e com justiça, pois têm um bom nome e uma reputação a defender, dimensões indissociáveis do seu valor de mercado. Há necessidade de um equilíbrio de poderes na relação entre os Estados e as empresas. Por isso, preconizam a necessidade da criação de um catálogo de direitos fundamentais (*'Bill of Rights'*) das pessoas coletivas⁸⁷.

De fato, conforme Jonathan Clough e Carmel Mulhern, a doutrina da *'collective entity'*, que se baseia na ficção da separada identidade para debilitar o privilégio contra a autoincriminação para indivíduos, não deve ser seguida. A essência do direito fundamental a não autoincriminação é que uma pessoa não deveria ser obrigada a produzir material incriminador contra si mesmo. Ao forçar uma pessoa a produzir material incriminador, essa doutrina faz prevalecer a investigação da atividade corporativa sobre os direitos fundamentais individuais. Este fato não pode ser obscurecido por ficções legais e semânticas. A proposição preferível consiste em reconhecer que uma pessoa física pode reclamar o privilégio contra a autoincriminação, mesmo quando esta pessoa está agindo como a empresa, quando os elementos incriminariam a pessoa física. Não tem sentido afirmar que a pessoa não está se autoincriminando simplesmente porque ela está sendo considerada como sendo a empresa para estes propósitos⁸⁸.

Assim, os desenvolvimentos doutrinários mais recentes têm sustentado que dificilmente se poderá justificar a privação de direitos fundamentais às pessoas jurídicas pelo simples fato de serem entes coletivos. Em matéria de direitos e deveres fundamentais as pessoas coletivas devem ser consideradas titulares dos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza⁸⁹. Isso se justifica por várias razões. Em primeiro lugar, as pessoas coletivas constituem um conjunto de pessoas individuais que colaboram na persecução de finalidades comuns, em muitos casos de natureza econômica. Tudo o que sucede à empresa afeta as pessoas diretamente e indiretamente envolvidas. Por isso, a violação dos direitos fundamentais da pessoa jurídica pode ter um impacto negativo na vida das pessoas com ela relacionadas (diretores, acionistas, empregados, ou outros que a representem) e causar prejuízos financeiros (entre outras dificuldades). Em segundo lugar, os processos contra empresas são particularmente suscetíveis às pressões do mercado e, portanto, podem ter como consequência que a simples instauração de um processo sancionador pode constituir uma ameaça à sua sobrevivência. Ademais, num contexto regulatório, as empresas reguladas encontram-se sujeitas a deveres de informação e colaboração, sem os quais o exercício da função de

⁸⁶ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.24.

⁸⁷ Cfe. MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.22-23.

⁸⁸ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, pp.43-44.

⁸⁹ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.25.

regulação e supervisão seria impossível. Daí que a produção de documentos num contexto regulatório, e a sua posterior utilização em processos sancionadores, inclusive de natureza penal, não ofenda, por si só, o princípio da não autoincriminação. A investigação é uma tarefa estatal, não cabendo ao Estado pressionar as empresas a testemunharem contra si próprias. Tal pode acontecer se a pressão exercida sobre as empresas colocá-las numa situação de vulnerabilidade diante do mercado, a ponto delas optarem por confessar infrações não cometidas apenas para acudir a pressão regulatória⁹⁰.

Portanto, a doutrina mais recente tem sustentado que o reforço do controle e da supervisão das instituições de crédito tem que ser compensado pela expansão do elenco das respectivas garantias processuais, em domínios como as relações privilegiadas entre cliente e advogado e o princípio da não autoincriminação⁹¹.

4.1.2. A tendência jurisprudencial na Comunidade Europeia: a inadmissibilidade da utilização no processo penal de informação obtida mediante coação em um prévio procedimento administrativo sancionador

O direito ao silêncio abrange o direito da pessoa de se calar se ela é acusada de uma infração penal, mas igualmente o direito de uma pessoa a não se autoincriminar. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) declarou que o direito ao silêncio faz parte das garantias de um processo equitativo (art. 6º, § 1º, da CEDH). Todo acusado dispõe de um direito ao silêncio e de não contribuir a sua própria incriminação. Uma condenação penal por recusa de apresentar determinados *documentos* solicitados pelas autoridades aduaneiras, cuja existência eles supunham, mas sem ter a certeza, viola o direito de se calar e de não contribuir a sua própria incriminação⁹².

A jurisprudência do TEDH enfoca o direito a não autoincriminação como algo mais do que um privilégio exclusivamente de matriz anglo-americana e o situa no contexto do direito internacional dos direitos humanos (*princípio da convergência dos direitos humanos*) geralmente favorável à extensão dos direitos fundamentais às pessoas coletivas. O TEDH tem sistematicamente sustentado a titularidade dos direitos humanos por pessoas coletivas (v.g. igrejas, órgãos de comunicação social, empresas)⁹³.

Apesar de que os contornos precisos do direito a não autoincriminação ainda não se encontram precisamente definidos, o direito internacional dos direitos do homem parece conter maiores possibilidades de ampliação do direito a não autoincriminação, quando comparado com o direito comunitário e mesmo com alguns aspectos da jurisprudência constitucional norte-americana em torno da Quinta Emenda e da respectiva aplicação às

⁹⁰ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.26; VAN KEMPEN, Piet Hein. *The recognition of legal persons and international human rights instruments: protection against and through criminal justice?*, pp.386-387.

⁹¹ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.26.

⁹² TEDH, caso Funke c. França, de 25/02/1993, § 44; cfe. COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.313-315.

⁹³ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.31.

peças coletivas⁹⁴. A titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas não mais se discute. O fato de se tratar de uma pessoa coletiva não constitui fundamento suficiente para a privação de direitos, liberdades e garantias, sendo expressamente rejeitada a lógica que, nos Estados Unidos, se encontra subjacente à doutrina da ‘*collective entity*’. Do ponto de vista do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos nenhuma razão há para excluir a aplicação do direito a não autoincriminação às pessoas coletivas e aos respectivos representantes. Este direito nasceu como forma de luta contra os modelos inquisitoriais do processo penal, pelo que o mesmo continua a justificar-se nos dias de hoje, mesmo para as empresas⁹⁵.

A possibilidade de utilização no processo penal de documentos, arquivos ou informações obtidas em anterior procedimento administrativo sancionador mediante ameaça de sanção administrativa foi decidida, de forma parcialmente distinta, pela jurisprudência do TJUE e do TEDH.

O TJUE – chamado a pronunciar-se sobre o direito ao silêncio de uma empresa ante o dever de fornecer à Comissão Europeia documentos e informação que possua no âmbito de procedimentos administrativos sancionadores em matéria de defesa da concorrência no mercado – reconheceu o direito a não autoincriminação às pessoas jurídicas. Para a Corte de Justiça, o direito de defesa, como um princípio fundamental, deve ser observado, não somente em procedimentos administrativos, que podem resultar na imposição de multas, mas também durante o procedimento de investigação preliminar, que pode ser decisivo para fornecer a prova da natureza ilegal da conduta da empresa e da qual seria responsável. Segundo a Corte, a Comissão não podia violar, em uma decisão de solicitação de informações, os ‘direitos de defesa’ da empresa, que tem o direito a guardar silêncio quando se veja obrigada a admitir a existência de uma infração contra a livre competência (‘cartel’), que mais tarde pode ser utilizada contra ela ou de outra empresa, quando se nega a fornecer essa prova à Comissão. Entretanto, o TJUE restringe o alcance deste direito fundamental e considera que não ampara uma eventual negativa a entregar documentos incriminadores, pois se trata de elementos materiais que preexistem ao procedimento e que não produzem genuínas declarações⁹⁶.

Por sua parte, a jurisprudência comunitária do TJUE considera que o direito a não autoincriminação permite que um indivíduo ou uma empresa se neguem a contestar uma questão suscitada pela Comissão Europeia, tratando de explicar um documento ou de fornecer uma informação, quando isso possa envolver diretamente a admissão de uma infração das normas de concorrência. Todavia, o simples fato de que um indivíduo ou empresa seja obrigado a contestar questões de fato e a fornecer documentos preexistentes à Comissão Europeia não viola direitos de defesa ou a um julgamento justo e, mais concretamente, o direito a não autoincriminação, embora isso possa supor a admissão de uma infração ou ser

⁹⁴ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.38.

⁹⁵ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.38-39.

⁹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.132-134, mencionando as SSTJCE casos Orkem, de 18/10/1989, Mannesmannröhren e Dalmine; COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d’une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.320-322; TRAINOR, Scott A. *A comparative analysis of a corporation’s right against self-incrimination*, pp.2167 y 2173-2175.

utilizado posteriormente para estabelecer sua existência. Portanto, restringe o direito a não autoincriminação a documentos cuja produção e conservação seja exigida pelo Estado para a realização de finalidades administrativas de natureza reguladora, se se verifica uma conexão dos documentos com o interesse público⁹⁷.

Pelo contrario, a jurisprudência reiterada do TEDH considera violado o direito a não autoincriminação quando o sujeito passivo se vê forçado a fornecer informação ou documentos de conteúdo incriminador mediante ameaça de multas ou sanções penais, ou a contestar as perguntas formuladas por quem dirija uma investigação em um procedimento administrativo sancionador '*lato sensu*'. As autoridades da persecução penal devem sustentar sua acusação sem recorrer a elementos probatórios obtidos de forma coativa ou sob pressões contra a vontade do acusado quando existe o perigo de que se inicie um processo penal como consequência do conteúdo da informação que se solicita. Assim, a exigência coativa de informação e documentos pela Administração Pública pode ser legítima, por exemplo, para obrigar aos dirigentes e empregados de uma sociedade a cooperar com as autoridades a fim da situação financeira da empresa em uma investigação de um delito de suborno por ocasião de uma oferta para a aquisição de títulos de uma sociedade. Entretanto, o uso ulterior em um processo penal dessas informações obtidas de maneira coativa no contexto de um procedimento administrativo prévio, por exemplo, a denominada 'pesca de informações' (*'fishing expeditions'*) de documentos cuja existência é incerta nas empresas com a finalidade de descobrir potenciais práticas de lavagem de capitais, constitui uma violação ao direito ao silêncio e a não autoincriminação. Assim, estava proibida a posterior utilização no processo penal por parte das autoridades dos resultados dessa colaboração, sempre que se trate de documentos aos quais as autoridades não teriam acesso de outra forma, se não forem entregues pelos próprios acusados. Em síntese, a obrigação de fornecer informação às autoridades não atenta, *per se*, ao direito a não autoincriminação, todavia, não pode servir-se da informação obtida para utilizá-la posteriormente para obter uma condenação em um processo penal. Contudo, essa proteção é bastante restritiva na medida em que deixa de fora a apresentação de documentos com base num mandado judicial em processo penal⁹⁸.

A jurisprudência do TEDH colocou o acento na *natureza do procedimento* onde se solicitam os documentos potencialmente incriminadores. Quando se trata de procedimentos normais (*v.g. tributários*) de verificação da observância das normas legais por parte do investigado, sob ameaça de sanções pela falta de cooperação, sem qualquer intenção de responsabilidade criminal, não incidem as garantias do art. 6º da CEDH, reconhecendo-se legítima a imposição de um dever de colaboração das empresas nos contextos reguladores e de supervisão. Pelo contrario, se aplicam ditas garantias quando a natureza do processo passa

⁹⁷ Casos Orkem, Mannesmannröhren-Werke, SGL Carbon, cfr. MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.37-38 e 44.

⁹⁸ SSTDH, casos Funke c. França, de 25/02/1993; Murray c. Reino Unido, de 08/02/96; Saunders c. Reino Unido, de 17/12/1996; Serves c. França, de 20/10/1997; I. J. L e outros c. Reino Unido, de 19/09/2000; Heaney e McGuinness c. Irlanda, de 21/12/2000; J.B c. Suíça, 03/05/2001; Weh c. Austria, de 08/04/2004; Shannon c. Reino Unido, de 04/10/2005; Jalloh c. Alemanha, de 11/11/2006 e O'Halloran e Francis c. Reino Unido, de 29/06/2007, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.215; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.120-121 e 134-135; COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la defense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.317-320; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.289; MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.32-33 e 40.

a ser preponderantemente sancionadora. Se o Estado lança mão de um sistema coativo de obtenção de informação no contexto regulatório, fundado na ameaça de sanções penais no caso de negativa a contestar, não pode mais tarde, servir-se da informação assim obtida para alcançar uma condenação⁹⁹.

Portanto, para o TEDH, a proibição de que as autoridades encarregadas da persecução penal exijam às pessoas jurídicas informação é absoluta e abrange as solicitações das autoridades administrativas quando exista o perigo de que se possa iniciar um procedimento penal fundado em tais informações.

Para o TJUE, a proibição é relativa, não abarcando aquela informação relativa a fatos ou questões cuja prova corresponda à autoridade estatal acusadora. Isso implicaria que somente quando se entende que a acusação deve mostrar o defeito de organização da pessoa jurídica, resultariam legítimas as solicitações de informação neste sentido à pessoa jurídica¹⁰⁰.

Na Sentença Dalmne (caso 407/2004), o TJUE considerou que não viola o direito a não autoincriminação o dever de entregar qualquer tipo de documento, incluídos aqueles nos quais se derive um reconhecimento explícito da infração. Se não há coação para declarar contra si mesmo, a parte contra a qual vai dirigido o requerimento terá ocasião de pensar como contestar às perguntas que se lhe formulem¹⁰¹. Se essa orientação jurisprudencial se seguir no futuro, resultará decisiva a localização do defeito de organização na teoria do delito. Assim, as informações sobre determinadas questões que afetam os programas de prevenção de delitos ('*compliance programs*'), seriam exigíveis por parte das autoridades estatais¹⁰².

A jurisprudência do TEDH, portanto, é mais garantista do que a do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), pois, ante a colisão do direito a não autoincriminação e a obrigação de colaborar, declara a prevalência do primeiro em detrimento do segundo, enquanto o TJUE outorga primazia da obrigação de colaborar sobre o direito a não autoincriminação¹⁰³.

Em suma, para o TEDH – diferentemente do que sucede com o TJCE – afigura-se inteiramente legítima a imposição de um dever de colaboração às entidades reguladas em contextos regulatórios e de supervisão, mesmo garantidos por uma sanção de natureza administrativa ou criminal, desde que os documentos assim obtidos não venham a ser posteriormente utilizados ou também quando apenas existe o risco de ser posteriormente utilizados em um processo penal¹⁰⁴.

O fornecimento de documentos somente se encontrará protegido pelo direito a não autoincriminação quando não esteja amparado por um mandado de busca e apreensão e

⁹⁹ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.45-47.

¹⁰⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.291.

¹⁰¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.289-290.

¹⁰² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.290.

¹⁰³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.288.

¹⁰⁴ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.34 e 45.

assuma um caráter preponderantemente testemunhal, em confronto com seu conteúdo informativo, isto é, com a quantidade de informação fática nova que transmitem à Administração. O direito a não autoincriminação pode ser reclamado como defesa para a exigência administrativa de apresentação de documentos cuja existência é incerta ou não seja clara, ou contra ordens administrativas de conteúdo muito genérico. Entretanto, este direito fundamental protege a prova testemunhal que o acusado foi obrigado a criar e não a prova com existência autônoma ou independente que foi compelido a ajudar a localizar, a identificar ou a explicar¹⁰⁵. Ademais, o âmbito de proteção do direito a não autoincriminação tende a circunscrever-se, em primeiro lugar, principalmente aos documentos privados, no quadro da proteção contra busca e apreensões desarrazoadas e da proteção da privacidade; em segundo lugar, somente ao testemunho prestado sob coação¹⁰⁶.

Esse ponto de vista, que concede uma proteção mais elevada aos direitos de defesa das pessoas jurídicas envolvidas em processos sancionadores, assim como aos respectivos representantes, se justifica dados os riscos que a confluência de fatores como uma maior pressão reguladora, a posição de vulnerabilidade no mercado e a exposição à opinião pública podem representar para a atividade e a viabilidade econômica das empresas, influenciando-as negativamente em sua capacidade para apresentar uma defesa ponderada e levá-las a confessar infrações não cometidas, pagando a respectiva sanção pecuniária, em vez de suportar os custos, no mercado, de uma prolongada exposição midiática em virtude da sujeição a um processo por infrações, porque não conseguem suportar os danos que podem ser devastadores para seu bom nome e reputação. A desconsideração do direito a não autoincriminação por parte das pessoas jurídicas poderia, no caso das empresas, aumentar significativamente os custos econômicos do exercício das garantias de defesa mais elementares¹⁰⁷.

A proteção contra o direito a não autoincriminação das pessoas coletivas e das pessoas físicas a elas ligadas é uma realidade praticamente imprescindível. O direito a não autoincriminação das pessoas coletivas é indissociável do mesmo direito das pessoas físicas que de alguma forma a representam. Se uma pessoa coletiva não é protegida quando um de seus representantes é chamado a revelar informações, nunca será protegida e as provas contra ela apresentadas por seus diretores serão sempre admissíveis, resultando claramente inaceitável a luz dos princípios jurídicos elementares. Esse direito fundamental não pode ser subvertido através da obrigação de seus diretores, ou representantes, de que apresentem provas contra elas. Na verdade, a garantia do direito a não autoincriminação das pessoas individuais representantes da pessoa coletiva não permite somente protegê-las diretamente, mas constitui também um meio de garantir a proteção contra a autoincriminação às próprias pessoas jurídicas¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.42-47.

¹⁰⁶ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.43.

¹⁰⁷ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.45.

¹⁰⁸ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p.46.

4.2. Análise comparada da autoincriminação nos EUA, Austrália e União Europeia

A comparação do tratamento do direito a não autoincriminação às corporações na Austrália, EUA e União Europeia demonstra que a orientação da União Europeia é mais legítima, pois mantém um equilíbrio de poder entre o Estado e a empresa. Os tribunais dos EUA e Austrália fundamentam suas conclusões de que a empresa não tem direito a não autoincriminação com justificações obsoletas, especialmente a crença de que este direito se desenvolveu estritamente como direito à proteção das pessoas físicas contra os abusos do Estado. Este ponto de vista ignora os estudos recentes sobre a evolução histórica do direito. Por outra parte, ignoram a mutável relação entre o Estado e as empresas e, portanto, erroneamente concluem que a justificação de equilíbrio de poder apoia a negação do direito a não autoincriminação para as corporações. Pelo contrário, a jurisprudência da União Europeia mantém um equilíbrio adequado de poderes entre o Estado e a empresa, uma vez que considera o temor de que o Estado pode não ser capaz de regular efetivamente as empresas, permitindo a estas o direito a não autoincriminação, porém logo determina com precisão se a informação é realmente incriminatória. Este enfoque incorpora as preocupações sobre o crescente poder do Estado em relação com a empresa e ainda permite ao Estado ter acesso a grande parte da informação que necessita para proteger a sociedade¹⁰⁹.

Efetivamente, a revisão histórica do desenvolvimento do direito contra a autoincriminação esclarece que a lei não desenvolveu unicamente a proteção para o indivíduo. A explicação mais factível para a aplicação moderna desse direito fundamental é a importância de manter um justo equilíbrio de poder entre o Estado e seus cidadãos. No passado, entretanto, a empresa se encontrava em melhor posição que uma pessoa física em termos de manutenção deste equilíbrio, e essa justificação se utilizou para apoiar a negação deste direito às corporações. O equilíbrio de poder mudou recentemente com a introdução e proliferação dos Códigos Penais e regulamentos que podem ensejar a responsabilidade penal da empresa e de seus empregados. O aumento da capacidade do Estado para punir a delinquência empresarial com êxito distorceu o anterior equilíbrio equitativo do poder em favor do Estado, exigindo uma nova valoração dos enfoques de EUA e Austrália, que não lograram refletir esta mudança no equilíbrio de poder. Pelo contrário, o enfoque jurisprudencial da União Europeia mantém com êxito um justo equilíbrio entre a necessidade de que o Estado se proteja e a seus cidadãos, e os direitos da sociedade, e deve servir de modelo para um correto tratamento da questão em outras jurisdições¹¹⁰.

A titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas não se discute, pois o fato de tratar-se de um ente coletivo não constitui fundamento suficiente para a privação de direitos, liberdades e garantias, sendo expressamente rechaçada a lógica que, nos EUA, se encontra subjacente à doutrina da *'collective entity'*. Desde o ponto de vista do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos nenhuma razão há para excluir a aplicação do direito a não autoincriminação às pessoas coletivas e aos seus respectivos

¹⁰⁹ TRAINOR, Scott A. *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, in 18 Fordham Int'l L.J. 2139 (1995), pp.2141 y 2184-2186.

¹¹⁰ TRAINOR, Scott A. *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, pp.2176-2177.

representantes. Este direito nasceu como forma de luta contra os modelos inquisitoriais do processo penal, e esta justificação continua no dia de hoje, inclusive para as empresas¹¹¹.

4.3. A situação na Espanha

Na Espanha, recente modificação estabelecida pela Lei de agilização processual *de 2011*, reconhece expressamente (arts. 409 bis e 786 bis.1 da LECrim) à pessoa jurídica o direito a não declarar contra si mesma (*nemo tenetur se ipsum accusare*), guardar silêncio e não confessar-se culpada e ao seu representante o direito à última palavra ao finalizar o ato de julgamento¹¹².

No direito espanhol – diferentemente de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros – como se garante expressamente à pessoa jurídica investigada o direito a não declarar e a guardar silêncio como algo diferente a não confessar-se culpado, deve entender-se que ela não tem obrigação de fornecer ou exhibir nenhum documento¹¹³. Assim, as provas documentais que contenham declarações de vontade ou de conhecimento fornecidas obrigatoriamente pelo imputado que estava obrigado a isso por seu dever de colaboração com os órgãos investigadores da administração pública, obtidas mediante ameaça de sanções administrativas, durante um procedimento administrativo sancionador, que se transforma depois em processo penal (v.g. por descumprimento fiscal tipificado como crime tributário), não podem ser utilizadas contra a pessoa jurídica no processo penal, pois constituem prova ilícita contaminada e fruto da árvore envenenada. No processo penal o direito fundamental ao silêncio e à não autoincriminação vige sem mitigações e alcançam o poder de negar-se a fornecer dados ou fontes de prova prejudiciais para si mesmo¹¹⁴. Por isso, não é exigível a uma pessoa jurídica imputada impor-lhe o dever de colaborar com apresentação de documentos em uma investigação contra ela e, portanto, com a sua própria condenação penal posterior¹¹⁵. Entretanto, é discutível se o material existente independentemente da vontade da

¹¹¹ MACHADO, Jónatas E. M./RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, pp.38-39.

¹¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.283-284; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.154; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.56.

¹¹³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.291-292 e 293-294, salientando a possibilidade que no futuro se limite o alcance desse direito fundamental pela jurisprudência.

¹¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.162-163, fazendo referência aos escritos de López García e Silvina Bacigalupo Saggese; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.57. Em posição divergente, ao que parece seguindo a orientação do TCE, Banacloche Palao afirma que o representante legal da empresa pode negar-se a responder perguntas que possam supor um agravamento da posição da entidade a qual representa; entretanto, os documentos que forma parte do arquivo da pessoa jurídica não podem ser consideradas ‘declarações’ a estes efeitos e, sua aquisição prévia ou posterior, com ou sem autorização da interessada (sempre que se cumpram os requisitos legalmente exigidos), resulta válida desde um ponto de vista constitucional (BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, p. 203).

¹¹⁵ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, p.266; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.57.

pessoa jurídica não poderia ser utilizado em posterior processo penal desencadeado contra ela¹¹⁶.

Em síntese, embora o TEDH e TJCE discrepem na questão essencial sobre o alcance deste direito constitucional, ambos os Tribunais coincidem em reconhecer às pessoas jurídicas o direito a não autoincriminação, de modo que é possível realizar a integração das duas linhas jurisprudenciais estabelecidas e sustentar que a pessoa jurídica pode negar-se: (a) a fornecer informação e documentos que lhe sejam exigidos e que tenham caráter incriminador; (b) as pessoas físicas (representantes e empregados) vinculadas à pessoa jurídica têm o direito a permanecer em silêncio e podem negar-se (i) a responder a perguntas de conteúdo incriminador sobre informação confidencial para a pessoa jurídica no contexto de uma investigação ou de um processo penal; (ii) a fornecer essa mesma informação e documentos¹¹⁷.

Como o direito ao silêncio é de exercício facultativo, e não obrigatório, as declarações prestadas voluntariamente pelo representante da pessoa jurídica ou pela pessoa física imputada podem ser utilizadas para fundamentar uma imputação acusatória formal ou para fundar uma sentença condenatória¹¹⁸.

Por outro lado, como a pessoa jurídica não pode se expressar senão por intermédio das pessoas físicas, a efetividade e o exercício do seu direito ao silêncio e a não autoincriminação dependem, por essência, indiretamente das pessoas físicas para sua defesa. Suscita-se, então, a questão de saber em que medida esse direito a não autoincriminação pode ser garantido de maneira efetiva a uma pessoa jurídica que, por essência, depende para sua defesa totalmente de pessoas físicas¹¹⁹. O interrogatório da pessoa jurídica deve ser realizado na pessoa de seu representante – portador nesse momento processual do direito ao silêncio – que deve ser-lhe informado pelo órgão judicial. Em consequência, o representante da pessoa jurídica que comparece ao processo deve ter reconhecido o conjunto de direitos e garantias que assiste a todo imputado, adaptando-o às circunstâncias concretas, de maneira que poderá não declarar contra a pessoa jurídica ao ser interrogado ou responder unicamente às perguntas que deseje. Nem ele nem a pessoa jurídica poderão ser sancionados e esse silêncio não poderá ser utilizado em prejuízo da pessoa jurídica em qualquer decisão judicial, seja cautelar ou definitiva¹²⁰.

O direito a guardar silêncio concerne em primeiro lugar à livre vontade do acusado de guardar silêncio ou de fazer declarações. Apesar de que a pessoa jurídica não dispõe de uma vontade estritamente idêntica à vontade individual da pessoa física, não se exclui que aquela possa reclamar o direito ao silêncio. Ante a insuficiência da teoria da ficção – na qual se

¹¹⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.57.

¹¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.121; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, p.216; VAN KEMPEN, Piet Hein. *The recognition of legal persons and international human rights instruments: protection against and through criminal justice ?*, p.376.

¹¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.136-137; ID. *Proceso penal frente a la empresa*, p.214.

¹¹⁹ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.322-323 e 325.

¹²⁰ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, pp. 264; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.214; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.138-139.

manifestam no seio dos agrupamentos personalizadas orientações específicas correspondentes aos objetivos próprios de cada coletividade –, bem como da inversa teoria antropomórfica – que consiste em atribuir às pessoas jurídicas, uma vontade estritamente idêntica à vontade individual –, parece correto afirmar que a determinação de guardar silêncio seria, portanto, uma projeção ou emanção concertada das vontades das pessoas físicas individuais na posição do agrupamento, em vista da persecução de seus objetivos, que, preocupados diretamente pelas acusações imputadas à pessoa jurídica, não desejam contribuir à incriminação desta última. Esta vontade não concerne à sua situação pessoal, mas a excede e se confunde com a pessoa jurídica, cujo fim é a realização de objetivos comuns. Trata-se de uma vontade de calar própria da pessoa jurídica¹²¹.

Admitido o direito da pessoa jurídica a não autoincriminação e uma vontade própria de exercer o silêncio, resta saber quais pessoas físicas, no seio da pessoa jurídica, podem efetivamente exercer o direito ao silêncio em nome da pessoa jurídica¹²².

Parece evidente que a pessoa física habilitada como *representante* da pessoa jurídica em juízo (órgão ou mandatário especial) pode exercer os direitos de defesa e em particular seu direito ao silêncio ‘*derivado*’. As pessoas que representam a pessoa jurídica não podem ser ouvidas como testemunhas dos fatos concernentes visto que eles encarnam de algum modo a pessoa jurídica que eles representam. Senão, a pessoa jurídica seria ‘*de fato*’ ouvida como testemunha de sua própria causa¹²³.

Entretanto, limitar o exercício da faculdade de guardar silêncio ao representante legal da pessoa jurídica pode resultar insuficiente no caso de pessoas jurídicas com estruturas organizativas médias ou grandes. Na busca de um equilíbrio entre a burla ao direito ao silêncio da corporação – que ocorreria se, em alguns casos, se atribuísse somente ao representante a faculdade de calar – e a burla à persecução penal – que se produziria no caso de uma extensão excessiva dessa faculdade se se obriga também outros representantes a testemunhar –, parece razoável e proporcional restringir o direito ao silêncio às pessoas que tenham no tráfico jurídico a condição de representantes, embora não sejam seus representantes no processo penal, na linha da solução adotada pelo art. 102^a.2 da legislação suíça. Desta maneira, deveria se reconhecer aos administradores-representantes das empresas o direito a declarar na condição de imputados em relação aos fatos que possam fundar a responsabilidade penal das empresas (tanto os ‘fatos de referência’ como os ‘fatos internos’, preservando, ademais, os deveres de sigilo e de confidencialidade), salvo circunstâncias excepcionais, pois do contrário poderia sofrer de forma desproporcional a eficácia na persecução penal (proibição de insuficiência). Os demais representantes da empresa não terão obrigação de declarar no julgamento¹²⁴. No caso em que um dirigente ou empregado declare contra a pessoa jurídica, seria necessário protegê-lo perante eventuais medidas disciplinares internas da empresa, prevendo a nulidade da demissão, pois agiu em

¹²¹ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d’une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.326-327.

¹²² COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d’une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, p.327.

¹²³ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d’une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, p.327.

¹²⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.215; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.139-142.

cumprimento do dever de colaboração com a administração da justiça, que prevalece sobre obrigações contratuais de sigilo ou confidencialidade¹²⁵.

A limitação do direito a não autoincriminação somente aos representantes de direito da pessoa jurídica se apresenta como insuficiente nos países (v.g. Bélgica) em que o círculo das pessoas físicas que podem cometer materialmente os fatos penalmente imputáveis à pessoa jurídica não está limitado unicamente aos seus representantes ou órgãos. Então, o direito ao silêncio deve se estender a outras pessoas físicas individuais com as quais a pessoa jurídica forma uma entidade indissociável de um ponto de vista penal¹²⁶.

Todavia, seria uma posição radical considerar automaticamente como prova ilícita todo testemunho de uma pessoa física pertencente à empresa quando as declarações comportem elementos incriminadores para esta última. Assim, a solução proposta por Coisne e Waeterinckx consistiria em indagar desde o início da inquirição em que nome (próprio ou da pessoa jurídica) e em qual qualidade (testemunha ou acusado) uma pessoa é ouvida. Toda pessoa ouvida como representante ‘*de fato*’ (v.g. um gerente operacional, um diretor financeiro ou de recursos humanos) da pessoa jurídica poderia reclamar o direito a não autoincriminação desta última.

Em síntese, tanto os representantes de direito, como de fato, da pessoa jurídica, por ocasião de uma audiência, deveriam poder reclamar o direito a não autoincriminação em nome da empresa¹²⁷. Assim, a autoridade judicial deverá advertir ao representante da pessoa jurídica de seu direito a não declarar ou a não confessar contra a empresa, tanto nos interrogatórios como nas acareações¹²⁸.

Em relação à questão de *quem deverá declarar* para a pessoa jurídica no processo penal e a *possibilidade de conflito de interesses*, na hipótese em que a pessoa jurídica é processada simultaneamente com seu representante, surge um conflito de interesses entre a pessoa jurídica e a pessoa física habilitada para representá-la em razão de seu envolvimento pelos mesmos fatos ou fatos conexos¹²⁹. Parece melhor adotar uma postura *garantista* com a finalidade de evitar qualquer tipo de conflito processual de interesses entre pessoas físicas e jurídicas, proibindo de prestar declaração pela pessoa jurídica imputada as pessoas físicas que também se encontrem imputadas no processo penal para evitar dúvidas de se a confissão realizada pela pessoa física, na qualidade de representante da pessoa jurídica, colide com seus interesses como pessoa física acusada. Assim, a pessoa física acusada não poderia prestar declaração ou confissão pela pessoa jurídica. Essa proposição decorre dos próprios deveres de fidelidade que afetam aos administradores das sociedades de capital. Ademais, tutela os interesses próprios da pessoa jurídica, ou em uma visão mais antropocêntrica, os interesses dos acionistas ou de terceiros vinculados – *shareholders* ou *stakeholders* – à pessoa jurídica.

¹²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.215; ID. *Proceso penal y persona jurídica.*, pp.142-143.

¹²⁶ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.328-329.

¹²⁷ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.330-334.

¹²⁸ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, p.264.

¹²⁹ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.335-363.

Tampouco poderá ser designado representante da pessoa jurídica quem deva declarar no julgamento como testemunha (art. 786 *bis* da LECrim)¹³⁰. O mandatário ‘*ad hoc*’ designado pelo juiz – a pedido ou de ofício – pode exercer o direito ao silêncio da pessoa jurídica para evitar tornar o direito da empresa uma pura ilusão¹³¹.

Convém fazer uma distinção entre o direito ao silêncio por parte da pessoa jurídica, por um lado, e por parte das pessoas físicas, por outro lado.

Em princípio, a *pessoa jurídica* tem direito a guardar silêncio tanto em relação com os ‘*fatos de referência*’ praticados pela pessoa física e que podem gerar a responsabilidade da pessoa jurídica quanto aos seus ‘*fatos internos*’ dos quais se deduz a imputação penal à pessoa jurídica, ou seja, todos os fatos dos quais se deriva o defeito de organização ou a ausência de controle interno e que permitiram o cometimento do delito pelo dirigente ou pelo empregado por conta e em proveito da empresa¹³².

Pelo contrário, as *peçoas físicas* imputadas, em princípio, somente têm direito ao silêncio em relação aos ‘*fatos de referência*’ e aos seus ‘*fatos próprios*’, de modo que deveriam poder ser obrigadas a declarar em relação aos fatos internos da pessoa jurídica, pois não lhes incumbem diretamente¹³³.

Porém, no caso de adoção de medida cautelar de *intervenção da empresa* (art. 33.7 *in fine* do CP Espanhol), como o interventor judicial pode acessar a todas as dependências e locais da empresa ou pessoa jurídica e receber quanta informação estime necessária para o exercício de suas funções (art. 33.7 CP), resulta ilusório defender o direito da pessoa jurídica a não colaborar com a investigação, porque todas as fontes de informação e de prova já estarão disponíveis ao Juiz instrutor¹³⁴.

5. Proibição de ‘*non bis in idem*’

O princípio ‘*non bis in idem*’ aparece enunciado no art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16/12/1966; no art. 4.1 do Protocolo 7 adicional ao Convênio Europeu de Direitos Humanos; nos artigos 54 a 58 do Convênio de Schengen, de 19/06/1990, e no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, parte integrante e vinculante do Tratado de Lisboa¹³⁵. No Protocolo 7 do CEDH, a expressão ‘*ne bis in idem*’ é utilizada em sentido de garantia *processual* no sentido de que uma pessoa que tenha sido

¹³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.285-287.

¹³¹ COISNE, Sarah/WAETERINCKX, Patrick. *La sauvegarde des droits de la defense d’une personne morale, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*, pp.335-363.

¹³² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, pp.195-214; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, p.136.

¹³³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.214; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, p.136.

¹³⁴ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, pp.266-267.

¹³⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, p.19 e ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir em bis in idem*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 43 e ss.; VAN KEMPEN, Piet Hein. *The recognition of legal persons and international human rights instruments: protection against and through criminal justice?*, p.376.

submetida a um julgamento de mérito num processo criminal não pode ser processada novamente com fundamento no mesmo fato.

Na Espanha, anteriormente à reforma do Código Penal determinada pela Lei Orgânica n. 5/2010, de 22 de junho, a doutrina espanhola considerava possível a acumulação de sanções à pessoa física que mantém uma determinada relação com a pessoa jurídica sancionada também pelo mesmo fato ilícito¹³⁶.

Atualmente, a possibilidade de sancionar pelo mesmo fato como delito a uma pessoa física e como infração administrativa a uma pessoa jurídica se reduziu radicalmente desde o reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela reforma do Código Penal de 2010.

Entretanto, cabe distinguir duas situações em que resulta cabível a duplicidade de sanções: (a) a primeira hipótese se refere ao fato cometido pela pessoa jurídica que apresenta a dupla perspectiva de delito e infração administrativa simultaneamente, na qual podem coexistir uma prévia sanção administrativa e uma posterior sanção penal, sempre e quando na aplicação da sanção penal se leve em conta o *princípio de proporcionalidade*¹³⁷; (b) a segunda hipótese de duplicidade de sanções penais e administrativas suscetíveis de imposição simultânea à pessoa física e a jurídica pelos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, ou seja, por uma parte, impor *pena* a uma pessoa física *por delito* e, por outra parte, *sanção administrativa* a uma *pessoa jurídica* (ou ao inverso). Por exemplo, ainda que o fato seja o mesmo (v.g., uma contaminação ambiental), não há coincidência nos sujeitos: pessoa física e pessoa jurídica são distintas e, ademais, a pessoa jurídica tem uma capacidade de ação e de responsabilidade penal (culpabilidade) específica ou autônoma, permitindo sancionar independentemente a pessoa jurídica e a pessoa física que atua em seu nome, desde que a lei assim o preveja¹³⁸.

De qualquer modo, o art. 31 bis, 2 do Código Penal Espanhol estabeleceu uma regra destinada a individualizar judicialmente a pena conforme ao *princípio da proporcionalidade* e do *'non bis in idem'*, segundo o qual *"quando como consequência dos mesmos fatos se impuser a ambas [pessoa física e pessoa jurídica] a pena de multa, os juízes ou tribunais adequarão as respectivas quantias, de modo que a soma resultante não seja desproporcional em relação com a gravidade daqueles"*.

Nos EUA, a Suprema Corte, no caso *United States v. Bajakajian* pela primeira vez na história, aplicou o critério da 'crassa desproporcionalidade' (*'gross disproportionality'*) e invalidou o confisco (*'forfeiture'*) criminal punitivo no valor de \$357,144, por violação da *'Excessive Fines Clause'* contida na 8ª Emenda, por considerá-lo grosseiramente desproporcional à gravidade do crime¹³⁹.

¹³⁶ JAVIER DE LEÓN VILLABA, Francisco. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio 'ne bis in idem'*, Bosch, Barcelona, 1998, pp.464-466.

¹³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. In VV.AA. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp.44-46.

¹³⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 185-189; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. In VV.AA. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp.44-47; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.147-148.

¹³⁹ O'SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, pp.655 e 1043; BRICKEY, Kathleen F.: *Corporate Criminal Liability. A treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents*, volume 1, Corporate Criminal Liability. A treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents, 2ª. ed.,

Por outro lado, aplica-se à pessoa jurídica a garantia processual do ‘*non bis in idem*’, que evita dupla persecução penal pelos mesmos fatos e fundamentos. Nos EUA, a proteção contra *bis in idem* (‘*double jeopardy*’) se aplica às corporações bem como aos indivíduos¹⁴⁰.

A jurisprudência das Cortes do Circuito consideram que a corporação está protegida pela cláusula do ‘*double jeopardy*’ da 5ª. Emenda¹⁴¹. A Corte do 2º Circuito afastou uma tentativa do governo de apelar de uma sentença absolutória, pois não havia nenhuma razão válida pela qual uma corporação – que é uma ‘pessoa’ com direito tanto à proteção igual como ao devido processo segundo a Constituição – não devesse também ter direito à garantia constitucional contra o risco de ‘*duplo julgamento*’. Ademais, a Corte acrescentou que a proteção do duplo julgamento deve ser estendida às corporações porque muitas dessas entidades têm poucos ou somente um sócio e o pequeno empresário não está livre de sentir vergonha, de ter gastos, ansiedade e insegurança resultante de repetidos julgamentos por acusações criminais, simplesmente porque ele transformou seu modesto negócio em pessoa jurídica¹⁴². A Corte de Apelação do 1º Circuito decidiu que as corporações recebem a mesma proteção dos indivíduos contra o duplo julgamento, levando em consideração o fato de que “as corporações podem tornar-se muito instáveis pelo prolongado período de negativa publicidade”¹⁴³.

Assim, segundo Peter Henning, deve ser reconhecida a proteção constitucional para corporações em dois tipos de casos de duplo julgamento. Em primeiro lugar, os casos envolvendo uma segunda persecução pela mesma violação não deve ser permitida contra corporações acusadas (*Blockburger v. United States* (1932)). Em segundo lugar, tentativas para infligir múltiplas punições sobre a corporação, para alcançar uma punição adicional não está autorizada pela legislação e, portanto, não deve ser permitida pela Corte. Qualquer punição maior que a adotada pela legislação é um óbvio mau uso da autoridade judicial em detrimento do acusado. A Corte Suprema tem reconhecido esses dois aspectos da proteção contra duplo julgamento como um meio para evitar o abuso de poder do governo¹⁴⁴.

Algumas restrições à proteção do risco de duplo julgamento (‘*double jeopardy*’) são dignas de nota.

Inicialmente, simultâneos ou sucessivos processos de empregados, administradores, ou diretores e sua empresa não suscitam questões de duplo julgamento, pois a corporação é considerada uma parte separada dos indivíduos e cada um está somente sujeito a uma acusação. As Corporações matriz e filial também são consideradas partes separadas. Além

volume 1, 1992, with 2000 Cumulative Supplement, Clarck/Boardman/Callaghan, Deerfeld, IL/New York, NY/Rochester, p. 1 (suplemento).

¹⁴⁰ KHANNA, V. S.: “Corporate criminal liability: what purpose does it serve?”, in *109 Harv. L. Rev.*, 1996, p.1517, que, entretanto, considera que as razões para a aplicação da proteção do ‘*double jeopardy*’ são mais débeis no contexto corporativo e que pode ser de poucas consequências porque a legislação que claramente delinea diferentes crimes pode facilmente evitar o duplo julgamento.

¹⁴¹ *United States v. Martin Linen Supply Co.* (1977); *Fong Foo v. United States* (1962); *Armco Steel Corp.*(1966), cfe. HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p.1644.

¹⁴² *United States v. Security National Bank* (1976), cfe. HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 848; FIRST, Harry: *Business Crime. Cases and Materials*, p. 400.

¹⁴³ *United States v. Hospital Monteflores, Inc.* (1978), cfe. HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 854.

¹⁴⁴ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 851.

disso, a proteção do ‘*double jeopardy*’ não impede separados processos estadual e federal pela mesma conduta subjacente¹⁴⁵.

Como existe a possibilidade de procedimentos administrativo e civil paralelos, existe também a possibilidade de procedimentos penais paralelos. Em decorrência da doutrina da soberania dual (‘*dual sovereignty doctrine*’), é possível para o governo federal e estadual processar separadamente um indivíduo ou a companhia por exatamente a mesma conduta. A garantia contra ‘*duplo julgamento*’ impede o governo federal de julgar uma pessoa duas vezes pela mesma conduta, mas o governo federal pode julgar um acusado pela mesma conduta pela qual ele tenha sido previamente julgado por um Estado (*United States v. Wheeler* (1978)), ou seja, pode ser desencadeado um processo de acordo com a Lei RICO de 1970 (“o ‘*Racketeer Influenced And Corrupt Organizations Act*’”), apesar de que o acusado tenha sido criminalmente processado (e absolvido ou condenado) na Corte Estadual pela mesma conduta porque a cláusula da soberania dual excepciona a do duplo julgamento (vide, v.g., *United States v. Coonan* (1991)¹⁴⁶). O Departamento de Justiça tem um regra que dispõe que em casos normais, ele não processará o acusado por conduta pela qual ele tenha previamente sido processado por um Estado. Mas há exceções a essa regra, quando promotores estaduais, com fins eleitorais, podem ser impelidos a apresentar um processo paralelo, particularmente se o caso provavelmente gera publicidade favorável¹⁴⁷.

6. Direito à presunção de inocência

As pessoas jurídicas desfrutam do direito à presunção de inocência no processo penal. A culpabilidade da pessoa jurídica não pode ser presumida, mas deve ser comprovada pela acusação a existência de um defeito de organização etc.¹⁴⁸.

O Tribunal Constitucional espanhol considera que as pessoas jurídicas desfrutam do direito à presunção de inocência. Ademais, segundo orientação unânime no Tribunal Supremo, para que se produza uma condenação penal da pessoa jurídica deve realizar-se uma declaração de culpabilidade da própria pessoa jurídica. Não serão válidas, então, as declarações de culpabilidade relativas à pessoa física para debilitar a presunção de inocência da pessoa jurídica. Dito de outro modo, não resulta válido declarar a culpabilidade da pessoa jurídica sobre a base da culpabilidade das pessoas físicas, nem tampouco declará-la automaticamente em relação à pessoa jurídica, sem a concretização na sentença tanto das provas que evidenciem o fato delitivo e a participação da pessoa jurídica no mesmo, como do método que levou o juiz a tal conclusão¹⁴⁹. Portanto, as condenações das pessoas jurídicas não poderão produzir-se com base num critério de *responsabilidade objetiva* ou de hetero-

¹⁴⁵ KHANNA, V. S.: “*Corporate criminal liability: what purpose does it serve?*”, p.1517, nota 211.

¹⁴⁶ Cfe. O’SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, West Group, St. Paul, MINN., 2001, p. 602.

¹⁴⁷ FOX III, Hamilton P.: “Considerations for Corporate counsel faced with a federal investigation”, in C566 ALI-ABA, 1990, pp. 205-206.

¹⁴⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.165.

¹⁴⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.291 e 303.

responsabilidade¹⁵⁰. Isso não impede que, se uma ou várias pessoas físicas aparecem imputadas em relação a um delito no qual também o é a pessoa jurídica à qual estavam vinculadas, as declarações daquelas e a dos representantes desta tenham o valor de declarações ou testemunhos de coimputados possam ser utilizadas como prova acusatória idônea para comprovar a culpabilidade da pessoa jurídica e, assim, descaracterizar a presunção de inocência, desde que cumpridos com extrema cautela os requisitos deste perigoso meio probatório¹⁵¹.

6.1. O ônus e o standard de prova

Uma discussão mais específica que pode ser suscitada é a questão do ônus da prova e o standard de prova aplicável às pessoas jurídicas.

Nos EUA, o standard de prova além de uma dúvida razoável em um caso criminal constitui um requisito de um julgamento justo sob a cláusula do devido processo da 14ª Emenda à Constituição¹⁵².

A Corte Suprema Australiana decidiu, no caso *EPA v. Caltex* (1993), que o ônus da prova para além de uma dúvida razoável incumbe à acusação, e não às entidades coletivas ou aos seus representantes¹⁵³.

Todavia, nos processos criminais no contexto do crime corporativo, o tradicional standard de prova – mais além da dúvida razoável (*'beyond reasonable doubt'*) –, pode ser injusto para a acusação nos casos em que o volume da prova incriminatória provavelmente esteja sob o controle da empresa acusada e não facilmente disponível para os funcionários que aplicam a lei. Nem pode o uso de um standard de prova normalmente associado com casos cíveis transmitir ao público a gravidade dos crimes corporativos. Assim, é recomendável utilizar um 'standard intermediário' de prova, menos rigoroso que o exigido em matéria processual penal, tal como uma 'prova clara e convincente' (*'clear and convincing evidence'*), com algum grau de flexibilidade, numa escala progressiva que exige um maior standard de prova conforme a acusação aumente em gravidade, por exemplo, para o crime de homicídio corporativo (*'corporate killing'* ou *'corporate manslaughter'*), que existe na Inglaterra desde 2007, o standard de prova deve ser o mais rigoroso de modo que supere qualquer dúvida razoável, pois as consequências de uma condenação afetam em maior intensidade a reputação e as finanças da empresa¹⁵⁴.

Este critério seria mais apropriado quando a preocupação são os custos sociais de redução desejável do comportamento ou aprisionamento injusto e que seria socialmente desejável no contexto corporativo porque as multas e outras sanções impostas sobre as corporações de risco-neutro são essencialmente de baixo custo. Ademais, um alto critério de prova não é a única proteção processual contra errônea imposição da responsabilidade

¹⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.305.

¹⁵¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.166-167.

¹⁵² GARLAND, Norman M. *The Unavailability to Corporations of the Privilege Against Self-Incrimination*, pp.72-73.

¹⁵³ GARLAND, Norman M. *The Unavailability to Corporations of the Privilege Against Self-Incrimination*, pp.56-59 e 68-69.

¹⁵⁴ GOBERT, James/PUNCH, Maurice. *Rethinking corporate crime*, p.204.

criminal às corporações, pois há outros meios pelos quais é possível reduzir as falsas condenações sem aumentar falsas absolvições, tais como o sistema recursal e incrementando os poderes de informação das agências governamentais¹⁵⁵.

No entanto, convém destacar que colocar sobre a acusação o ônus de suportar a carga de produção e de persuasão em um caso criminal é um componente importante do sistema acusatório. Além disso, o princípio que acompanha o ônus e o privilégio da autoincriminação é o da presunção de inocência¹⁵⁶.

Assim, o Estado deve suportar o ônus da prova. A corporação, não menos que a pessoa física, não deve provar sua inocência¹⁵⁷. O ônus da prova do fato constitutivo da responsabilidade penal concernente ao *'defeito de organização'* incumbe à acusação, que, no caso de empresas que contam com uma organização de certa complexidade, cumprirá com facilidade quando não se haja projetado, implantado, difundido e atualizado periodicamente um sistema de programas de controle interno de prevenção de crimes (*'compliance programs'*)¹⁵⁸ na empresa¹⁵⁹. Incumbe aos administradores das empresas assegurarem-se da implantação de sistemas de controle interno, em favor da pessoa jurídica e do seu próprio, se não quiserem incorrer em responsabilidade civil pelo dano ocasionado à entidade por omissão do dever de prevenir e detectar a criminalidade na própria corporação¹⁶⁰.

Por outro lado, uma interpretação conforme ao direito à presunção de inocência exige a mitigação da regra ou diretriz probatória prevista no art. 130.2 CP espanhol – que presume a *dissolução encoberta ou meramente aparente da pessoa jurídica* quando esta continua sua atividade econômica e mantenha a identidade substancial de clientes, provedores e empregados, ou da parte mais relevante de todos eles – para que ela funcione somente como guia indicativo de indícios suscetíveis de fundamentar a correspondente presunção judicial¹⁶¹.

7. Direito à privacidade

Nos EUA, a Suprema Corte considera que a proteção da 4ª. Emenda não é extensiva às corporações e que o teste de razoabilidade envolve sopesar o efeito de conceder proteção sobre a eficácia dos poderes investigatórios do governo. A Corporação não pode exigir igualdade com indivíduos para desfrutar de um direito à privacidade (*'right to privacy'*).

¹⁵⁵ KHANNA, V. S.: Corporate criminal liability: what purpose does it serve?, in 109 *Harv. L. Rev.*, 1996, pp.1512-1517.

¹⁵⁶ GARLAND, Norman M. *The Unavailability to Corporations of the Privilege Against Self-Incrimination.*, pp.71-72.

¹⁵⁷ GOBERT, James/PUNCH, Maurice. *Rethinking corporate crime*, p.204.

¹⁵⁸ Para atender as exigências da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o Brasil promulgou a recente Lei nº 12.846, de 1º/08/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. O art. 7º estabelece que serão levados em consideração na aplicação das sanções às pessoas jurídicas no âmbito do processo administrativo sancionador: “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” (inciso VII); a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (inciso VIII).

¹⁵⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.166.

¹⁶⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, p.166.

¹⁶¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, pp.165-166.

Assim, por exemplo, a expectativa de privacidade que o dono de um imóvel comercial desfruta em dito imóvel difere significativamente da santidade concedida à casa individual¹⁶².

O simples reconhecimento de que a corporação tem um grau de proteção contra busca e apreensões desarrazoadas não permite distinguir o alcance dos direitos da corporação daqueles conferidos ao indivíduo¹⁶³. Portanto, a corporação tem somente uma proteção constitucional reduzida comparada à pessoa física. A 4ª. Emenda protege a corporação do governo na medida em que o governo não possa abusar de seu poder sobre a corporação, mas isso não cria uma área protegida da investigação do Estado. Diferente do indivíduo, não há zona de privacidade que a corporação *a priori* possa alegar juridicamente sob a 4ª. Emenda¹⁶⁴.

Na Austrália, a jurisprudência considera que o poder das agências fiscalizadoras de determinar a produção obrigatória de documentos ou de responder questões geralmente prevalece sobre quaisquer obrigações legais da empresa em manter informação confidencial. Por exemplo, no caso *'ASC v. Zarro'*, foi rejeitado o argumento do Banco *'Westpac'* de não apresentar documentos referentes a transações pessoais bancárias de seus clientes com fundamento nas obrigações contratuais de confidencialidade. A obrigação legal prevalece sobre qualquer obrigação devida pelo banco para seus clientes¹⁶⁵.

O direito à privacidade no âmbito da corporação envolve ainda questões concernentes à inviolabilidade do domicílio da pessoa jurídica, ao privilégio do sigilo das comunicações entre advogado-cliente (*'attorney client privilege'*) e à doutrina do produto do trabalho (*'work product doctrine'*).

7.1. Direito à inviolabilidade do domicílio

A jurisprudência do TEDH e do Tribunal Constitucional espanhol reconhece que as pessoas jurídico-privadas são titulares do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio¹⁶⁶.

A realização de uma busca e apreensão na sede de uma pessoa jurídica é uma medida que restringe o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio¹⁶⁷.

A recente Lei Espanhola n. 37/2011(LMAP), incorporou um novo parágrafo 4º ao art. 554 da LECRIM, determinando os lugares que se consideram domicílio das pessoas jurídicas imputadas, a saber: “o espaço físico que constitua o centro de direção das mesmas, tanto se trate de seu domicílio social ou de um estabelecimento dependente, ou aqueles outros lugares em que se custodiam documentos ou outros suportes de sua vida diária que fiquem reservados ao conhecimento de terceiros”. Portanto, a proteção da garantia da inviolabilidade do

¹⁶² Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling (1946), United States v. Morton Salt. Co. (1950), Donovan v. Dewey (1981), cfe. HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*. pp. 832-836.

¹⁶³ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, p. 839.

¹⁶⁴ HENNING, Peter J.: *The Conundrum of Corporate Criminal Liability*, pp. 840-841.

¹⁶⁵ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, pp.36-37.

¹⁶⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, pp.208-211; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.212; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.112-113, ambos com referências à jurisprudência do TEDH e do Tribunal Constitucional Espanhol.

¹⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.112.

domicílio depende da utilização de dois elementos essenciais: custódia de documentos e a vontade de excluí-los do conhecimento de terceiros¹⁶⁸.

Quando a busca e apreensão ocorrer em *dependências comuns* da empresa, que tenham a consideração de domicílio, por exemplo, um *arquivo*, como essa prática atinge o direito à inviolabilidade do domicílio da pessoa jurídica, deve ser a sociedade ou empresa – através de seu representante legal, e não qualquer pessoa que ali se encontre e desempenhe no local algum tipo de atividade laboral (empregado) ou de serviço (limpeza ou segurança) e que, portanto, não tenham autorização para acessar dados privados – quem outorgue autorização para a busca e apreensão. No caso em que não o faça e não haja flagrância (v.g., percepção pela polícia da realização de um suborno ou tráfico de drogas em um apartamento ou edifício), somente será possível a busca e apreensão mediante autorização judicial¹⁶⁹.

Porém, nos casos mais frequentes em que a busca e apreensão deverá efetuar-se no *escritório ou espaço equivalente atribuído de forma estável a um dirigente ou a um empregado*, hipótese em que resultará afetado, de maneira simultânea, o direito da pessoa jurídica à inviolabilidade do domicílio e o direito à intimidade do dirigente ou empregado, o juiz deverá ordenar a busca e apreensão mediante decisão motivada da relevância da busca nesse lugar de elementos para a investigação do crime. No caso de insuficiência na motivação da busca e apreensão, então a ilicitude da busca aproveitará indiferentemente a ambos¹⁷⁰.

Em princípio, cabe reconhecer a concorrência de titularidades do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio tanto na pessoa física como na pessoa jurídica. Em consequência, qualquer delas – a empresa e o dirigente/empregado – poderia considerar esse espaço físico imune à entrada não consentida de outros como seu domicílio e estaria legitimada a permitir a busca e apreensão sem necessidade de solicitar o consentimento do outro e os elementos de prova encontrados seriam validamente utilizáveis depois em juízo contra qualquer deles. Entretanto, se houver situação de conflito ou de divergência de interesses entre ambos, seguindo a linha jurisprudencial estabelecida pelo TEDH de uma expectativa razoável de privacidade como fundamento para a proteção do direito à intimidade *'lato sensu'*, se o desenvolvimento comum da atividade na empresa permite inferir para os dirigentes ou empregados que seus escritórios ou espaços similares são imunes à atividade da empresa, então a empresa não teria legitimidade para inspecionar esses lugares nem permitir que o façam as autoridades da persecução penal. Pelo contrário, se existem protocolos ou regras de uso dos espaços que facultam a inspeção por parte da empresa, será válida a busca e apreensão policial autorizada pela empresa, não podendo o dirigente ou empregado usuário alegar que esse espaço seria seu verdadeiro domicílio, nem que tenha sido violada sua intimidade, dado que careceria de uma expectativa razoável neste sentido¹⁷¹.

A pessoa física que representa a pessoa jurídica é quem possui a faculdade de consentir ou autorizar a busca e apreensão em nome da empresa. Se não existir pessoa alguma facultada para autorizar a entrada, o consentimento eventualmente prestado por algum dos empregados

¹⁶⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.115.

¹⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.115; BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, pp.212-213.

¹⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.116.

¹⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.116-118.

presentes pode considerar-se insuficiente com a consequente nulidade da diligência de investigação (busca e apreensão)¹⁷².

Os *documentos e arquivos internos (informáticos e contábeis)* devem ser solicitados pela autoridade policial, pelo Ministério Público ou autoridade judicial aos representantes da pessoa jurídica. Porém, como a empresa tem o direito fundamental a não autoincriminação, pode negar-se legitimamente à entrega de documentos ou informações solicitadas que sejam autoincriminadores, de maneira que não seria admissível, sob pena de burla desse direito fundamental, exigi-los diretamente a título pessoal aos dirigentes ou empregados encarregados de sua custódia e de trabalhar com eles, pois são servidores e detentores da posse alheia, ou seja, em nome e por conta da pessoa jurídica. Por isso, em suma, *no caso de negativa do representante da empresa ou de seus dirigentes ou trabalhadores*, a única alternativa lícita é a de decretar a *busca e apreensão judicial motivada*, inclusive se há suspeita que se produzirá essa negativa e como forma de evitar colocar em perigo a investigação com um primeiro requerimento presumivelmente infrutífero¹⁷³.

Todavia, se não houver requerimento prévio e o *fornecimento de documentos ocorre espontaneamente por dirigentes, empregados atuais ou que o tenham sido* – e que podem ser coimputados que tenham decidido colaborar na investigação (v.g., as *denúncias internas de irregularidades* ou ‘*whistleblowing*’) – não pode imputar-se ao Estado uma violação do direito à autoincriminação. Como a entrega foi produzida de forma voluntária, a prova será considerada lícita, salvo se os documentos tenham sido obtidos com violação de outro direito fundamental. Desde logo, cabe descartar uma violação do direito à *propriedade* da pessoa jurídica por eventual subtração de documentos ou arquivos, porque tal direito no sistema espanhol carece da categoria de direito fundamental. Porém, se no domicílio da empresa se guardam documentos ou determinados dados essenciais para a sua existência, por exemplo, um *segredo industrial*, que devem permanecer reservados para o adequado funcionamento, parece bastante razoável a possibilidade de evocar o *direito à privacidade* e sustentar a ilicitude da prova¹⁷⁴.

No caso dos *administradores*, o consentimento na realização de busca e apreensão na empresa não provoca uma ilicitude probatória, uma vez que as autoridades policiais devem presumir que o administrador é pessoa facultada para autorizar tal medida nas dependências da empresa, porém poderá acarretar demissão ou outras sanções internas¹⁷⁵.

7.2. Direito ao sigilo das comunicações entre advogado-cliente e a doutrina do produto do trabalho no âmbito da corporação

As proteções oferecidas pelo ‘privilégio advogado-cliente’ (*‘legal professional privilege’ no âmbito europeu; ‘attorney client privilege’ nos EUA*) e a doutrina do ‘produto

¹⁷² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.118.

¹⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, p.213; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.119 e 123-125.

¹⁷⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, 213; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.125-127; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La persona jurídica acusada en el proceso penal español*, p.56.

¹⁷⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*., p.119.

do trabalho' ('*work product doctrine*') são de grande importância na defesa prática de crimes do colarinho branco, particularmente no contexto de investigações corporativas internas¹⁷⁶.

Nos EUA, a doutrina do produto do trabalho é distinta e mais ampla do que o privilégio 'advogado-cliente'. A proteção do privilégio 'advogado-cliente' somente protege a revelação de comunicações, mas não protege a revelação de fatos subjacentes àqueles comunicados ao advogado. Por exemplo, o cliente não pode ser compelido a responder a seguinte questão, "o que você disse ou escreveu para o advogado?", mas não pode se recusar a revelar qualquer fato relevante dentro do seu conhecimento meramente porque ele incorporou uma declaração de dito fato em sua comunicação ao advogado. O privilégio do 'produto do trabalho' protege a revelação do *processo mental* do advogado. Somente está permitida a revelação de documentos e coisas tangíveis que constituem produto do trabalho do advogado com a demonstração de substancial necessidade e incapacidade para obter o equivalente sem indevida opressão. A jurisprudência norte-americana destacou que a revelação forçada de um *memorando* poderia revelar o *processo mental do advogado*, devendo ser protegida a revelação de convicções mentais, conclusões, opiniões, ou teorias legais de uma parte ou seu representante em relação ao litígio¹⁷⁷.

Normalmente, os relatórios de uma investigação interna da corporação e os seus materiais subjacentes estão protegidos pelo privilégio do advogado-cliente e/ou pela doutrina do produto do trabalho¹⁷⁸. Convém destacar que, para estar protegida pelo privilégio do 'advogado-cliente' e a 'doutrina do produto do trabalho', as investigações internas das corporações devem estar dedicadas ao propósito de assegurar a *consulta legal* (advogado-cliente) ou aquela realizada *em antecipação do litígio* (produto do trabalho). Porém, uma investigação interna da corporação feita pela própria administração, não está protegida por qualquer desses dois privilégios¹⁷⁹.

Pode haver perda do privilégio 'advogado-cliente' no caso de exceção de crime/fraude. Para afastar este privilégio duas condições necessitam estarem presentes e devem ser provadas pelo Governo: em primeiro lugar, a comunicação advogado-cliente se destinava a favorecer um ato ilícito ou fraudulento. Em segundo lugar, o cliente precisa ter cometido ou tentado cometer o crime ou a fraude. A imunidade do 'produto do trabalho', não se aplica se o advogado preparou o material após o seu cliente ter cometido o crime¹⁸⁰.

No contexto corporativo, a jurisprudência também reconhece que o privilégio advogado-cliente se estende às comunicações ou consultas do advogado com terceira parte – que integrariam o denominado '*circulo interno*' de 'outros' com quem a informação pode ser compartilhada sem perda do privilégio (v. g., secretárias, advogado que coopera na defesa do acusado, um pai presente quando uma criança consulta um advogado, um contador contratado pelo advogado para assisti-lo na compreensão da informação financeira do cliente ou um intérprete contratado para conversar com um cliente que fala somente uma língua estrangeira) – durante uma investigação interna da corporação sobre crime ocorrido ou como parte da

¹⁷⁶ O'SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, p. 863.

¹⁷⁷ Hickman v. Taylor; Upjohn Co. V. United States (1981), cf. O'SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, pp. 864-871.

¹⁷⁸ O'SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, p. 872 e 874.

¹⁷⁹ O'SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, p. 874.

¹⁸⁰ In Re Sealed Case (1997), cfe. O'SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, pp. 902-907.

avaliação do advogado de atividades ou transações de negócios propostas. Fora desse ‘*círculo mágico*’, entretanto, as Cortes geralmente consideram que a ‘revelação para terceira parte’ significa que o detentor do privilégio quebrou a confidencialidade necessária para proteger a comunicação cliente-advogado (*United States v. El Paso Co.* (1982)). Por exemplo, o 2º Circuito concluiu no julgamento do caso *United States v. Kovel* (1961) que a presença de um contador enquanto o cliente está relatando uma complicada história de impostos para o advogado, não deve destruir o privilégio, pois o que é vital para o privilégio é que a comunicação seja feita em *confiança* para o propósito de obter aconselhamento jurídico do advogado¹⁸¹.

A doutrina do produto do trabalho (*work product doctrine*) pode proteger o produto de comunicações com terceiros partes mesmo quando a reivindicação do privilégio advogado-cliente não é aplicável. A regra ‘produto do trabalho’ protege de revelação materiais preparados ‘*em antecipação do litígio*’ pela parte, ou representante da parte, ausente a demonstração de uma substancial necessidade. A regra majoritária na jurisprudência norte-americana pergunta se os documentos foram preparados ‘*por causa de*’ um litígio existente ou esperado. Quando um documento é criado por causa da perspectiva de litígio, ele não perde a proteção meramente porque ele foi criado para ajudar na decisão negocial¹⁸².

Não obstante, as recentes modificações na política e prática dos promotores federais norte-americanos e a instituição do ‘*federal organizational sentencing guidelines*’ pode afetar profundamente a disponibilidade prática de ambos os privilégios das corporações acima mencionados. Alguns advogados acreditam que ocorrerá a morte do privilégio nas investigações criminais das corporações porque cada vez mais frequentemente o governo exige que as corporações renunciem aos privilégios aplicáveis se elas desejam evitar a acusação ou como condição para garantir leniência na fase da aplicação da pena (*‘sentencing’*) pela cooperação com o governo¹⁸³.

Porém, na União Europeia, não há dúvida que a corporação pode reclamar também o privilégio da comunicação entre advogado e cliente¹⁸⁴. A jurisprudência do TEDH reconhece às pessoas jurídicas o direito ao sigilo de suas comunicações¹⁸⁵.

Uma questão muito debatida consiste em estabelecer o alcance do *privilégio da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente* no âmbito da responsabilidade penal das empresas, dedutível no sistema espanhol dos artigos 263 e 416 LECRIM e 437.2 LOPJ, em relação às solicitações para produção obrigatória de documentos ou de respostas a questionamentos¹⁸⁶.

O *privilégio das comunicações entre advogado e cliente* assegura que todas as comunicações entre o cliente e seu advogado estejam protegidas ante qualquer solicitação, por parte das autoridades estatais ou pessoas privadas, constituindo sua obtenção *sem o*

¹⁸¹ O’SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, pp. 874-875.

¹⁸² O’SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, p. 877.

¹⁸³ O’SULLIVAN, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, pp. 863 e 900.

¹⁸⁴ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

¹⁸⁵ SSTEDH, casos Halford c. Reino Unido, de 25/06/1997; Aalmoes e outros c. Países Baixos, de 25/11/04 e Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev c. Bulgária, de 28/06/2007, Cfe. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Processo penal frente a la empresa*, p.211; ID. *Processo penal y persona jurídica*, p.111.

¹⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Processo penal y persona jurídica*, p.143; CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

consentimento do titular do privilégio, uma violação de direitos fundamentais caracterizando uma *prova ilícitamente obtida*¹⁸⁷. O *privilégio* se baseia em dois interesses fundamentais: primeiro, a observância do direito e a administração de justiça; segundo, o exercício do direito de defesa¹⁸⁸. Este privilégio impede a revelação de comunicações confidenciais transferidas entre um cliente e um consultor jurídico (*'legal adviser'*) onde a comunicação foi feita com o propósito predominante de dar ou receber aconselhamento jurídico ou com referência a um litígio real ou visado¹⁸⁹.

No Brasil, o art. 7º, incisos II, III e XIX, da Lei n. 8.906, de 04/07/1994, com a redação dada pela Lei n. 11.767/2008 (Estatuto da Advocacia e da OAB) estabelece que o sigilo profissional do advogado protege a comunicação com seus clientes, a correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia e a inviolabilidade do seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho¹⁹⁰, podendo aquele recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

O art. 18.3 da Constituição espanhola garante “o segredo das comunicações e, em especial, das postais, telegráficas e telefônicas, salvo resolução judicial”. Assim, as pessoas jurídicas devem ser consideradas como titulares de um direito fundamental ao segredo das comunicações que lhes afetem e, em consequência, qualquer atuação sobre as mesmas deve realizar-se, na falta de consentimento dos afetados, unicamente com *autorização judicial*¹⁹¹. Portanto, a gravação de *comunicações telefônicas*, ou seja, conversações mantidas por meio de linhas telefônicas por dirigentes ou empregados da pessoa jurídica, bem como de *comunicações postais e eletrônicas*, emitidas ou recebidas por dirigentes ou empregados, ou dirigida diretamente à pessoa jurídica, somente poderá ser considerada uma prova lícita se houver *autorização judicial motivada*, o que pressupõe que o juiz identifique as pessoas físicas imputadas, inclusive a pessoa jurídica. Se não era razoável *'a priori'* interceptar as conversações de algum empregado: (a) como forma de descobrir determinados fatos comuns

¹⁸⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.297-298.

¹⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.298, citando jurisprudência da Corte Europeia na nota 44.

¹⁸⁹ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

¹⁹⁰ A jurisprudência brasileira considera que o sigilo das comunicações, incluídas as interceptações telefônicas devidamente autorizadas e motivadas pela autoridade judicial competente, entre advogados e clientes é inviolável. Todavia, tal garantia não confere imunidade para o cometimento de crimes no exercício profissional da advocacia (HC 106225/SP, 1ª T., STF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, j. 07/02/2012, DJe 22/03/2012; HC 96909/MT, 2ª T., STF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17/11/2009, DJe 11/12/2009, p.279; RHC 26.063/SP, 6ª T., STJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/09/2012, DJe 02/10/2012). Por isso, o sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui, contudo, a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. Entretanto, tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida de busca e apreensão, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de outras pessoas não investigadas, sob pena de nulidade, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação (HC 91610/BA, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, DJe 22/10/2010, p.346).

¹⁹¹ BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, p.217.

às pessoas físicas e jurídicas ou (b) de investigar fatos da pessoa física que afetam a pessoa jurídica, então poderá suscitar-se pela *pessoa física* a ilicitude da intervenção telefônica em relação àqueles ‘fatos de referência’ ou pela *pessoa jurídica* em relação a qualquer dos ‘fatos de referência’ ou de seus ‘fatos internos’¹⁹².

A natureza da corporação pode originar particulares dificuldades¹⁹³. Neste âmbito se discutem várias questões: (a) se a pessoa jurídica possui a *titularidade* desse privilégio ou se, pelo contrário, somente dele desfrutam determinadas pessoas físicas; (b) em relação ao *âmbito de proteção*, se estão protegidas as comunicações de quaisquer profissionais jurídicos que prestam estes serviços à pessoa jurídica ou se, pelo contrário, as comunicações dos advogados internos da pessoa jurídica não estão sob o manto da referida proteção; (c) finalmente, em relação à *colisão com outros direitos processuais*, até que ponto a *renúncia a dito privilégio* pela pessoa jurídica pode afetar a pessoa física e que exceções devem efetuar-se para que se entendam devidamente tutelados os direitos da pessoa física¹⁹⁴.

Em primeiro lugar, o privilégio pertence ao cliente e somente pode ser renunciado por ele. O privilégio permanece após a dissolução da empresa e até que a pessoa pode legitimamente reclamá-lo renuncie a ele¹⁹⁵.

Para estabelecer quem é o titular ou cliente do privilégio quando se trata de um cliente pessoa jurídica ou cliente corporativo deve *distinguir-se entre o indivíduo que age para a pessoa jurídica e o mesmo indivíduo que age para si mesmo*. Desde o ponto de vista prático, é decisivo verificar quando o advogado da empresa (*‘corporate counsel’*) está representando única e exclusivamente ao cliente corporativo¹⁹⁶.

Quando o consultor jurídico (*‘legal adviser’*) age tanto para a corporação como para os indivíduos empregados na empresa, ou ambos são clientes daquele, será um privilégio conjunto que pode ser reclamado por qualquer deles, mas somente pode ser renunciado por ambos¹⁹⁷.

A comunicação deve ser concernente à relação cliente-advogado e deve ser feita confidencialmente. Por exemplo, não se consideraram confidenciais as declarações de um diretor num encontro de diretores, que resumiu aspectos de aconselhamento jurídico previamente dado, pois era também um sócio na empresa de consultoria jurídica e agiu principalmente como um diretor com conhecimento jurídico participando em uma decisão comercial, antes que fornecendo aconselhamento jurídico confidencial para a empresa¹⁹⁸.

A disseminação de documentos dentro da corporação pode levar à perda (renúncia implícita) do privilégio, pois para que a comunicação seja considerada privilegiada ela deve

¹⁹² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal frente a la empresa*, pp.211-212; ID. *Proceso penal y persona jurídica*, pp.111-112; BANACLOCHE PALAO, Julio. *La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción*, pp.217-218.

¹⁹³ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

¹⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.293.

¹⁹⁵ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

¹⁹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.298-299.

¹⁹⁷ Pioneer Concrete v. Webb, 1995, cfe. CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

¹⁹⁸ Standard Chartered Bank v. Antico, 1995, cfe. CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.47.

ser feita com o propósito predominante de aconselhamento jurídico ou de litígio. Deve ser enfatizado que cada nova cópia é tratada como uma nova comunicação. Pode não haver privilégio se uma nova cópia de uma comunicação privilegiada foi feita com outro propósito diverso do aconselhamento jurídico ou de litígio. Pelo contrário, a cópia de um documento sem privilégio pode tornar-se privilegiado se ela foi feita com o dominante propósito de aconselhamento jurídico ou em relação ao litígio¹⁹⁹.

Em segundo lugar, com relação ao âmbito de proteção do privilégio da confidencialidade entre *advogado e cliente*, cabe distinguir entre advogados *externos* e *internos*.

Os *advogados externos* estão protegidos pelo privilégio, de modo que poderão negar-se a declarar e a exibir documentos relacionados com o assessoramento que tenham prestado à pessoa jurídica²⁰⁰. A tendência contemporânea se inclina por outorgar o privilégio *unicamente aos advogados externos*, não vinculados com o cliente por uma relação laboral, e não aos advogados internos que são *assessores da empresa devido à dependência econômica e a identificação pessoal com o cliente corporativo*. A jurisprudência do TJCE considera que o privilégio da confidencialidade entre advogado e cliente não se aplica às relações entre uma empresa e seu advogado interno, ou seja, o empregado da própria empresa, em razão da sua falta de independência (*v.g.*, mensagens de correio eletrônico entre os dirigentes e o advogado interno da empresa). Portanto, *o advogado interno não pode opor o privilégio* ante as investigações da Comissão Europeia, embora se admita que a normativa específica de cada Estado membro permita a ditos advogados opor o mencionado direito²⁰¹.

Somente estão protegidas pelo manto do privilégio *as comunicações* entre advogado e cliente e não os fatos subjacentes que possa descobrir o advogado como consequência de seu trabalho. Portanto, os documentos da empresa que revelam dados relevantes sobre a base dos quais com posterioridade o advogado elabora seu assessoramento não estão protegidos; a orientação dispensada pelo advogado, pelo contrário, sim²⁰².

A comunicação deve ser *confidencial* para estar coberta pelo privilégio. A *presença de terceiros não cobertos pelo privilégio* se considera uma *renúncia* ao privilégio. O mesmo ocorre com a transmissão a terceiro de informação que se considera confidencial. Porém, as *outras pessoas que servem de apoio ao advogado corporativo* podem trocar comunicações com o advogado sob o privilégio sempre e quando se veja claramente que estão solicitando orientação do advogado. Ademais, as comunicações de e para outras pessoas físicas ou jurídicas que se encontrem em uma situação similar ao cliente (ou a seus advogados) também podem estar cobertas pelo privilégio como consequência de participar em uma codefesa, desde que exista um acordo escrito entre quem participa nessa codefesa para que o privilégio se estenda a todas as comunicações²⁰³.

¹⁹⁹ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.47.

²⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.145.

²⁰¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.299 e nota 46; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*, p.144, ambos mencionando precedentes do TJCE e do TJUE.

²⁰² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.299.

²⁰³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.300.

O privilégio pode ser reclamado em resposta a todas as formas de revelação compulsória – salvo se expressa ou implicitamente ab-rogado pela legislação –, por exemplo, em resposta a mandados de busca e notificações para apresentar documentos²⁰⁴.

Os *materiais probatórios* apreendidos nas dependências das pessoas jurídicas e que estejam *protegidos pelo privilégio*, não poderão ser utilizados pela acusação, devendo considerar-se, em caso de seu uso, como *prova ilicitamente obtida*²⁰⁵.

Em relação às pessoas jurídicas que estejam submetidas à jurisdição estrangeira, o privilégio implica um importante baluarte de defesa que deverá ser considerado especificamente nas respostas aos pedidos de informação e colaboração por parte das autoridades estrangeiras²⁰⁶.

Por outro lado, o âmbito de proteção do *privilégio da confidencialidade das comunicações cliente-advogado* é substancialmente diferente do *segredo (sigilo) profissional advogado-cliente*. Assim, o *segredo profissional* impede que o *advogado* tenha que declarar contra seu cliente, porém não evita que o *cliente* tenha que entregar importantes mensagens que haja recebido de seu advogado. A diferença entre ambos consiste em que o *titular do privilégio da confidencialidade das comunicações cliente-advogado* é o *próprio cliente* e, portanto, para ele dita instituição constitui um *direito*. No *segredo profissional*, o *titular* é o *advogado* e, por conseguinte, para ele, constitui uma *obrigação*²⁰⁷.

Assim, a *pessoa jurídica* pode opor que tem direito a não entregar determinada documentação reclamando o privilégio. O *advogado* poderá objetar que tem a obrigação de não entregar a referida documentação para evitar incorrer em responsabilidade civil e penal. O *privilégio é do cliente, enquanto o segredo é do advogado*. O *sigilo* configura uma *proibição absoluta*, ao passo que o *privilégio* pode ser *renunciado* pelo cliente de maneira *total ou parcial*²⁰⁸.

A isenção do dever de testemunhar do advogado defensor somente abrange os fatos que foram conhecidos no exercício de sua profissão e possam prejudicar aos seus clientes, porém não se estende à ocultação, pelo advogado, de elementos de convicção comprometedores para seu defendido. Tampouco abarca o assessoramento jurídico sobre como encobrir condutas claramente delitivas ou o exercício de qualquer gênero de coação contra testemunhas de acusação²⁰⁹. Portanto, o âmbito do sigilo profissional é mais limitado do que em princípio poderia parecer, pois se limita a eximir tanto da obrigação de *denunciar* os fatos de conhecidos em consequência das explicações de seus clientes como de *testemunhar* sobre aqueles fatos que o imputado haja confiado ao seu advogado na qualidade de defensor²¹⁰.

²⁰⁴ CLOUGH, Jonathan/MULHERN, Carmel. *The prosecution of corporations*, p.46.

²⁰⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.294.

²⁰⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.294.

²⁰⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.294.

²⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.294-295 e 297.

²⁰⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.297.

²¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.298.

Ademais, também se considera confidencial o denominado *produto do trabalho do advogado* ('*work product*'), ou seja, todos os materiais produzidos pelo advogado para o desenvolvimento de seu trabalho. No âmbito corporativo, também estão *protegidas pelo privilégio* as *investigações internas* solicitadas aos advogados pelas empresas, ou por seus comitês de auditoria ou independentes, com a finalidade de detectar infrações produzidas na empresa e, por conseguinte, os riscos potenciais de responsabilidade corporativa, bem como para reparar o dano e estabelecer defesas adequadas, se cabíveis, e para se beneficiar da atenuante de colaboração com a justiça. Todavia, estas investigações *somente estão protegidas se foram desenvolvidas fora do curso normal da atividade negocial da empresa*. Os fatos como tal não estão protegidos, mas somente os materiais protegidos e as considerações e recomendações dos advogados relacionadas à investigação²¹¹.

Assim, no momento em que se detecta uma possível infração penal, o resultado das *investigações internas* (reveladora das circunstâncias que deram lugar à infração) e os *papéis de trabalho referentes à mesma*, desencadeadas por exigência dos programas de prevenção de crimes ('*compliance programs*'), não podem ser solicitados quando tiverem sido realizados por escritório de advogado externo, sob pena de violação do privilégio²¹². Igualmente as *informações decorrentes de programas de prevenção de crimes* ('*compliance programs*'), quando *elaborados por advogados externos* da pessoa jurídica, são *confidenciais*, de maneira que não poderia a acusação exigir a sua entrega pela empresa dessas *análises de risco criminal* e documentos de trabalho sobre *atividades potencialmente ilegais*²¹³.

Um problema em aberto e dificilmente admissível por seu grau de coação consiste na *exigência de renúncia do privilégio* por parte da pessoa jurídica para que se considere que está colaborando plena e decisivamente com as autoridades, de maneira que possa ser considerado um bom cidadão corporativo ('*good corporate citizenship*')²¹⁴. Talvez essa espécie de renúncia devesse ficar limitada àqueles casos em que realmente as autoridades necessitem uma informação exata. Ademais, as empresas seguirão realizando investigações internas por terem obrigação de investigar as possíveis infrações detectadas. Finalmente, em certas circunstâncias, será possível realizar uma renúncia seletiva de impacto não tão evidente²¹⁵.

8. Conclusões

Nas últimas décadas a grande maioria dos países da União Europeia passou a acolher a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas tradicionalmente prevista no sistema da '*common law*'.

²¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.300-301.

²¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, pp.301-302.

²¹³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.301.

²¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.302.

²¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, p.302.

Isso suscita problemas de direito penal, mas também de natureza processual penal. Talvez um dos mais relevantes e ainda pouco discutido na União Europeia, diferentemente do que sucede faz mais de um século na jurisprudência dos EUA, seja a questão da titularidade e o alcance concreto de cada um dos direitos fundamentais – tradicionalmente assegurado às pessoas físicas – às pessoas jurídicas imputadas ou acusadas no processo penal.

As corporações têm vida própria, e inclusive cidadania corporativa, com poderes e direitos fundamentais. Desfrutam do status de ‘pessoas’ dentro do significado de salvaguarda dos direitos constitucionais. Portanto, têm ‘personalidade corporativa’ e direito à proteção do devido processo legal (*‘due process of law’*)²¹⁶. Efetivamente, segundo Pamela Bucy, cada organização tem uma identidade independente que resulta da dinâmica de muitos indivíduos que a controlam ou trabalham juntos para alcançar metas da corporação, ou seja, uma personalidade ou caráter corporativo (*‘corporate ethos’*). A empresa deve ser considerada criminalmente responsável somente quando sua ‘personalidade’ corporativa (*‘the corporate ethos’*) encoraja a conduta criminoso de seus agentes. Tal caráter é revelado pelas metas e políticas dirigidas a assegurar o cumprimento com códigos éticos e regulações legais²¹⁷.

A jurisprudência do TEDH progressivamente estendeu os direitos garantidos pela Convenção aos entes coletivos como tal, desde que se trate de direitos compatíveis com a natureza particular da pessoa jurídica, quando esta sofre uma acusação em matéria penal. Igualmente, o TCE reconhece que os direitos fundamentais vigem também para as pessoas jurídicas nacionais na medida em que, por sua natureza, resultem-lhes aplicáveis, conforme: (a) a natureza de cada direito fundamental e, conseqüentemente, a possibilidade do que seja suscetível seu exercício pela pessoa jurídica; (b) a natureza da pessoa jurídica (pública ou privada) e os fins da mesma e sua vinculação com determinado direito fundamental.

Há um elenco de direitos fundamentais que podem ser invocados pelas pessoas jurídicas submetidas a processos criminais, por exemplo, o princípio da legalidade, o direito ao devido processo legal e à ampla defesa e contraditório, o direito a não autoincriminação, à presunção de inocência, à liberdade de expressão, à proibição de discriminação e de *‘non bis idem’*, o direito à privacidade, que inclui a proteção contra a inviolabilidade do domicílio, o direito ao sigilo das comunicações entre advogado e cliente (*‘attorney client privilege’*) e a doutrina do produto do trabalho (*‘work product doctrine’*) no âmbito da corporação, entre outros.

O reforço do controle e da supervisão das corporações tem que ser compensado pela expansão do elenco das respectivas garantias processuais, em âmbitos como as relações privilegiadas entre cliente e advogado e o princípio da não autoincriminação.

Um dos problemas mais difíceis no contexto do delito corporativo é o alcance do direito a não autoincriminação. Diversamente da Corte Suprema norte-americana, o TEDH considera, todavia, inadmissível a utilização no processo penal de informação obtida mediante coação em um prévio procedimento administrativo sancionador. A obrigação de fornecer informação às autoridades não é, *per se*, ofensiva do direito a não autoincriminação, entretanto se o Estado lança mão de um sistema compulsório de obtenção de informação no contexto regulador, fundado na ameaça de sanções penais no caso de recusa de informações, não pode

²¹⁶ MONKS, Roberta A. G./MINOW, Nell. *Corporate governance*, pp.11-12.

²¹⁷ Veja, BUCY, Pamela H.: *Corporate ethos: a standard for imposing corporate criminal liability*, in *75 Minn. L. Rev.*, 1991, pp.1127 y ss.; LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of corporate criminal liability*, The University of Chicago Press, 2006, p.58.

mais tarde servir-se da informação assim obtida para garantir uma condenação em um processo penal. Não obstante, essa proteção é bastante restritiva na medida em que deixa fora a apresentação de documentos com base em mandado judicial em processo penal.

Os documentos e arquivos internos (informáticos e contábeis) devem ser solicitados pela autoridade policial, o Ministério Público ou autoridade judicial aos representantes da pessoa jurídica. Entretanto, como a empresa tem o direito fundamental a não autoincriminação, ela pode recusar legitimamente a entrega de documentos ou informações solicitadas que sejam autoincriminadores. Por isso, em suma, no caso de negativa do representante da empresa ou de seus dirigentes ou trabalhadores, a única alternativa lícita é a de decretar a busca e apreensão mediante mandado judicial.

Ademais, as pessoas jurídicas desfrutam do direito à presunção de inocência no processo penal. A condenação da pessoa jurídica não poderá produzir-se fundada em um critério de *responsabilidade objetiva* ou de hetero responsabilidade. O Estado deve suportar o ônus da prova, sem que sobre a corporação recaia o dever de provar sua inocência. Embora, em geral, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica dependa da imputação de um ato da pessoa física (como u sem necessidade de identificação ou averiguação da culpabilidade individual desta), conforme os diferentes modelos de direito comparado (*'agency theory'*, *'vicarious liability'*, *'identification theory'*, *culpa organizacional*, *cultura corporativa*), para que se produza uma condenação penal da pessoa jurídica deve realizar-se uma declaração de culpabilidade da própria pessoa jurídica. Não resulta válido declarar a culpabilidade da pessoa jurídica com base na culpabilidade das pessoas físicas, nem tampouco declará-la pura e simplesmente com relação a pessoa jurídica, sem a concretização na sentença tanto das provas que evidenciem o fato delitivo como a participação nele da pessoa jurídica. Isso não impede que, se uma ou varias pessoas físicas aparecem imputadas com relação a um delito no qual também o é a pessoa jurídica a qual estavam vinculadas, as declarações ou testemunhos de coimputados, que poderão ser utilizadas como prova acusatória hábil para comprovar a culpabilidade da pessoa jurídica e, assim, descaracterizar a presunção de inocência, desde que cumpridos com extrema cautela os requisitos deste meio probatório perigoso.

O ônus da prova do fato constitutivo da responsabilidade penal referente ao *'defeito de organização'* incumbe à acusação, que, no caso de empresas que contam com uma organização de certa complexidade, cumprirá com facilidade quando não se tenha projetado, implantado, difundido e atualizado periodicamente um sistema de controle e prevenção interna de delitos (*'compliance program'*) no âmbito da entidade.

Não obstante, nos processos criminais no contexto do crime corporativo, o tradicional standard de prova – mais além da dúvida razoável (*'beyond reasonable doubt'*) –, pode ser injusto para a acusação nos casos em que o volume da prova incriminatória provavelmente está sob o controle da empresa acusada e não facilmente disponível para os funcionários que investigam e aplicam a lei. Assim, parece recomendável utilizar um *'standard intermediário'* de prova, menos rigoroso que o exigido pelo direito processual penal, tal como uma *'prova clara e convincente'* (*'clear and convincing evidence'*), com algum grau de flexibilidade, em uma escala progressiva que exige um maior standard probatório conforme a acusação aumente em gravidade, devendo ser o mais rigoroso de modo que supere qualquer dúvida razoável, pois as consequências de uma condenação afetam com maior intensidade a reputação e as finanças da empresa.

Convém destacar que a colocação do ônus de suportar o peso da produção e da persuasão sobre a acusação em um caso penal é um componente importante do sistema acusatório.

A corporação pode invocar o direito à inviolabilidade do domicílio, no qual se incluem o privilégio do sigilo das comunicações entre advogado-cliente (*'attorney client privilege'*) e a doutrina do produto do trabalho (*'work product doctrine'*).

Quando a busca e apreensão ocorre nas dependências comuns de uma empresa que tenha a consideração de domicílio, deve ser a sociedade ou a empresa – por intermédio de seu representante legal, e não outros empregados que não tenham autorização para acessar dados privados – quem outorgue autorização para a busca e apreensão. No caso em que não o faça ou inexista situação de flagrante delito, somente será possível a busca e apreensão mediante mandado judicial.

Entretanto, nos casos mais frequentes em que a busca e apreensão deverá efetuar-se no escritório ou espaço equivalente atribuído de forma estável a um dirigente ou a um empregado, o juiz deverá decretar a busca domiciliar mediante decisão motivada mencionando a relevância da medida nesse lugar para obter elementos para a investigação do delito. No caso de motivação insuficiente, então a ilegalidade da busca aproveitará indiferentemente a ambos.

Em princípio, cabe reconhecer a confluência de titularidades do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio tanto na pessoa física como na pessoa jurídica. Em consequência, qualquer delas – a empresa e o dirigente/empregado – que poderia considerar esse espaço físico imune à entrada não consentida de outros em seu domicílio, estaria legitimada a permitir a busca domiciliar sem necessidade de solicitar o consentimento do outro e os elementos de prova encontrados seriam validamente utilizáveis depois no julgamento contra qualquer deles. Entretanto, se existe situação de conflito ou de divergência de interesses entre ambos, se o desenvolvimento comum da atividade na empresa permite inferir para os dirigentes ou empregados que seus escritórios ou espaços análogos são imunes à atuação da entidade, não poderia esta inspecionar por si mesma esses lugares ou autorizar que o fizessem as autoridades da persecução penal. Pelo contrário, se existem protocolos ou regras de uso dos espaços que facultam a inspeção por parte da empresa, será válida a busca domiciliar autorizada pela empresa.

Se não existe pessoa alguma facultada para autorizar a entrada, o consentimento eventualmente prestado por algum dos empregados presentes será considerado insuficiente com a consequente nulidade da diligência de investigação (busca e apreensão domiciliar).

Todavia, se não houver solicitação prévia e o fornecimento de documentos ocorre *espontaneamente* por parte dos dirigentes, empregados atuais ou que o tenham sido, não pode imputar-se ao Estado uma violação do direito à autoincriminação, em razão de que se a entrega foi produzida de forma voluntária, a prova será considerada lícita, salvo se os documentos tenham sido obtidos com violação de algum outro direito fundamental. Unicamente poderia sustentar-se a ilegalidade probatória se fosse estendido o *direito à intimidade* das pessoas jurídicas, que somente devia incidir na medida em que seja necessário para proteger determinados dados da pessoa jurídica que devem permanecer reservados para o seu adequado funcionamento.

No caso dos administradores, o consentimento na realização de busca domiciliar na empresa não provoca uma ilicitude probatória, uma vez que as autoridades policiais devem

presumir que o administrador é pessoa facultada para autorizar tal medida nas dependências da empresa, porém poderá acarretar demissão ou outras sanções internas.

Ademais, a corporação pode reclamar o privilégio da comunicação entre advogado e cliente, o qual assegura que todas as comunicações entre o cliente e seu advogado estão protegidas ante qualquer solicitação por parte das autoridades estatais ou pessoas privadas, constituindo sua obtenção sem o consentimento do titular do privilégio, uma violação de direitos fundamentais caracterizando uma prova ilicitamente obtida.

A gravação de conversações telefônicas, postais e eletrônicas, emitidas ou recebidas por dirigentes ou empregados da pessoa jurídica, ou dirigida diretamente à pessoa jurídica, somente poderá ser considerada uma prova lícita se há autorização judicial motivada, o que pressupõe que o juiz identifique as pessoas físicas imputadas, inclusive a pessoa jurídica.

O privilégio da comunicação entre advogado e cliente somente protege aos *advogados externos*, não vinculados com o cliente por uma relação trabalhista, e não aos *advogados internos* que sejam assessores ou empregados da empresa devido à dependência econômica e a identificação pessoal com o cliente corporativo.

Pode haver perda do privilégio '*advogado-cliente*' no caso de exceção de delito ou fraude. A presença de terceiros não cobertos pelo privilégio, em regra, se considera uma renúncia ao privilégio.

Por último, também se considera confidencial o denominado *produto do trabalho do advogado* ('*work product*'), isto é, todos os materiais produzidos pelo advogado para o desenvolvimento do seu trabalho e que, no âmbito corporativo, inclui o resultado das *investigações internas* desencadeadas por exigência dos programas de prevenção de delitos ('*compliance programs*'). Porém, estas não podem ser solicitadas quando tenham sido realizados por advogado externo. Estas averiguações somente estão protegidas se forem realizadas fora do curso normal da atividade comercial da empresa. Entretanto, os fatos como tal não estão protegidos, porém somente os materiais protegidos e as considerações e recomendações dos advogados relacionadas à investigação. Igualmente são confidenciais as informações derivadas de programas de prevenção de delitos quando elaboradas por advogados externos da empresa.