

A POSIÇÃO PROCESSUAL DA PESSOA COLETIVA CONSTITUÍDA ARGUIDA

MARIA JOÃO ANTUNES

Resumo: entre nós, não há normas de natureza processual penal específicas em matéria de responsabilidade penal de pessoas coletivas, ao arripio do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos que as responsabilizam penalmente. A pessoa coletiva arguida tem o estatuto de sujeito processual e é titular do direito à não autoincriminação relativamente aos factos de onde resulte a sua responsabilização criminal. Este direito funda-se em princípios constitucionais objetivos do processo penal, como os da presunção de inocência e do contraditório, e em normas constitucionais estruturantes do processo penal, como as relativas à estrutura acusatória e ao processo equitativo.

Palavras chave: pessoa coletiva; sujeito processual; representante da pessoa coletiva; responsabilidade penal da pessoa coletiva; direitos de defesa; presunção de inocência; direito à não autoincriminação.

1. O tema da prova relativa a crimes de corrupção e económico-financeiros pressupõe saber qual é a posição processual da pessoa coletiva (ou entidade equiparada) que seja constituída arguida no processo em que se investiguem tais crimes. Numa primeira aproximação, o que resulta de imediato é ausência de normas de natureza processual específicas em matéria de responsabilidade penal das pessoas coletivas e a necessidade premente de prever tais normas¹.

Em 1988, quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, valia entre nós como regra o carácter pessoal da responsabilidade. Estabelecia então o artigo 11.º do Código Penal, na esteira do artigo 22.º do Código Penal

¹ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, “Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 790, e COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão passado”, *a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, 2009, p. 98 e ss. Mais recentemente, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2018, p. 144 e ss.

de 1852 e do artigo 26.º do Código de 1886, que, salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal. As disposições em contrário foram-se sucedendo na legislação extravagante, nomeadamente, em matéria de infrações contra a economia e contra a saúde pública (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro), de infrações tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5 de junho), de condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português (Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro), de previsão e punição dos atos e organizações terroristas (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), de infrações laborais (Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto), de armas e suas munições (Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro) e de comportamentos antidesportivos (Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto). Sem que, porém, tal legislação previsse uma qualquer norma de natureza processual penal em matéria de responsabilidade penal das pessoas coletivas².

A ausência de normas de natureza processual penal específicas em nada se alterou quando a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, dando nova redação ao artigo 11.º do Código Penal, alargou o âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas a crimes previstos neste Código, quando cometidos *em seu nome e no interesse coletivo, por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou por quem aja sob a autoridade destas pessoas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem*. Bem como, ainda, a crimes previstos na legislação extravagante, em matéria de tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro) e de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho).

Só em 2017, no âmbito restrito das medidas de coação, é que a legislação portuguesa passou a conter normas de natureza processual específicas. Por via da Lei n.º 13/2017, de 2 de maio, foi aditado à Lei dos comportamentos antidesportivos um artigo, nos termos do qual, *após a constituição de arguido pela prática de crimes previstos nesta lei, o tribunal pode decidir, com respeito pelos pressupostos gerais e específicos de aplicação das medidas de coação previstas no Código de Processo Penal, pela aplicação, no caso das pessoas coletivas desportivas, da suspensão da atribuição de subsídios, subvenções ou incentivos outorgados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias locais e demais pessoas coletivas públicas*.

Uma explicação possível para a sobrevivência de legislação que não contempla normas de natureza processual específicas residirá, certamente, no critério de imputação da responsabilidade penal às pessoas coletivas que se pode extrair da jurisprudência portuguesa. Com efeito, não obstante o regime jurídico legalmente consagrado e a discussão doutrinal sobre o modelo

² Sem prejuízo de o diploma sobre infrações económicas e contra a saúde pública prever a legitimidade da pessoa coletiva para se constituir assistente (artigo 43.º) e regras sobre o processo de liquidação subsequente a decisão condenatória de dissolução (artigo 44.º).

de imputação consagrado na lei penal portuguesa, a tendência dos tribunais portugueses tem sido a da imputação da responsabilidade penal à pessoa coletiva estritamente por referência ao facto da pessoa singular, segundo uma fórmula de hétero-responsabilidade em que há identificação entre o facto de uma e de outra, dando-se por verificada a responsabilidade penal da pessoa coletiva, de forma como que automática e objetiva, em face da responsabilidade penal da pessoa singular. Com a consequência de a posição processual da pessoa coletiva também se confundir com a da pessoa singular, segundo um modelo que é também de identificação entre a posição processual penal do arguido pessoa singular e da arguida pessoa coletiva³. Com efeito, a opção por determinado modelo de imputação da responsabilidade penal às pessoas coletivas ou por determinada configuração de um dos dois modelos de base (modelo de hétero-responsabilidade ou de autorresponsabilidade) tem repercussões correspondentes no estatuto processual penal da pessoa coletiva arguida e no processo penal em geral.

Uma outra explicação residirá na falta, entre nós, de normas expressas sobre a relevância substantiva e adjetiva dos programas de *compliance*, à semelhança do que sucedeu, por exemplo, em Espanha, logo a partir do momento em que o Código Penal acolheu a responsabilidade penal das pessoas coletivas. A inexistência de contrapartidas como a atenuação da pena, a isenção da responsabilidade penal, a não promoção processual ou a não aplicação de medidas de coação terão contribuído também para que as pessoas coletivas que têm vindo a ser constituídas arguidas tenham vindo a aceitar uma posição processual “por ricochete”.

2. A ausência de normas de natureza processual específicas no ordenamento jurídico português contrasta com o que sucede naqueles em que foi introduzida a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Constituem exemplos de ordenamentos jurídicos que seguem o modelo da responsabilidade penal das pessoas coletivas e que preveem normas de natureza processual penal específicas o francês e o espanhol, no plano europeu, e o chileno, na América Latina. O Código de Processo Penal francês passou a prevê-las, nomeadamente em matéria de representação da pessoa coletiva arguida, de medidas cautelares e de comunicação de atos, incluindo o local do domicílio (artigos 706-43, 706-44, 706-45, 706-46, 550 a 566), por via da denominada “Lei de adaptação” n.º 92-136, de 16 de dezembro de 1992, na sequência da admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva,

³ Contrariando este entendimento e tantos anos volvidos sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas, o Tribunal da Relação do Porto ainda teve que decidir, em 4 de junho de 2014, que “as sociedades arguidas num processo devem prestar termo de identidade e residência nessa qualidade, não podendo considerar-se que esse termo é implicitamente prestado quando os legais representantes dessas sociedades, que são também arguidos no processo, prestam esse termo a título pessoal” (Processo 35/13.3IDPRT-A.P1, disponível em www.dgsi.pt).

introduzida pelas Leis n.ºs 92-683 a 92-686, de 22 de julho de 1992⁴. Logo que foi alterado o Código Penal espanhol, em 2010, no sentido da admissibilidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas, fizeram-se ouvir vozes pela previsão de normas de natureza processual que acompanhassem a alteração legislativa substantiva, o que veio a verificar-se de imediato em 2011, por via de uma lei que alterou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (a Ley 37/2011, de 10 de outubro). A lei processual penal espanhola passou a prever disposições específicas em matéria de determinação de regras de competência, de representação da pessoa coletiva, de declarações da pessoa coletiva, de medidas cautelares, de domicílio, de acordo processual e de ausência (artigos 14 bis, 119, 120, 409 bis, 544 quater, 554.4, 786 bis, 787.8 e 839 bis). Por seu turno, a Lei chilena 20393, de 2 de dezembro de 2009, sobre a responsabilidade penal de pessoas coletivas pelos crimes de branqueamento, de financiamento de terrorismo e de corrupção, entrada em vigor em 5 de julho de 2016, estabelece normas de natureza processual penal específicas, nomeadamente em matéria de posição processual, de representação da pessoa coletiva, de ausência, de princípio da oportunidade, de suspensão condicional do processo e de nomeação de defensor público (artigos 20.º a 28.º)⁵.

Também os ordenamentos jurídicos que seguem o modelo da responsabilidade administrativa/contraordenacional das pessoas coletivas preveem normas de natureza processual específica. É o que sucede com o italiano e o alemão, com a particularidade de as pessoas coletivas serem sancionadas por um tribunal penal, pelo mesmo tribunal que responsabiliza penalmente as pessoas singulares que são agentes da prática do facto que também é imputado à pessoa coletiva e que a responsabiliza administrativa ou contraordenacionalmente (artigos 34.º e 36.º do Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junho, e § 444 do Código de Processo Penal alemão). Enquanto o primeiro prevê normas de natureza processual específicas, nomeadamente em matéria de representação da pessoa coletiva no processo, de defesa oficiosa, de contumácia, de modificações da pessoa coletiva no decurso do processo, de notificações, de prova e de medidas cautelares (artigos 39.º a 54.º), o segundo remete especificamente para normas de processo penal, criando assim um regime processual especial para as pessoas coletivas. Na América Latina, no Brasil, a Lei n.º 12.846, de 1 de agosto de 2013, 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, também prevê normas processuais específicas,

⁴ Sobre isto, YVAINE BUFFELAN-LANORE, “La procédure applicable aux infractions commise par les personnes morales”, *Revue des Sociétés*, 111.º anné, n.º 2, 1993, p. 315 e ss.

⁵ Sobre os aspetos processuais da lei, DAVID SOTO DÍAZ, “La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile”, in *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, 2017, p. 409 e ss.

nomeadamente por via do Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, que a regulamenta (artigos 2.º a 14.º).

3. A ausência de normas de natureza processual penal específicas abriu espaço ao labor doutrinal e jurisprudencial e ao recurso às regras de integração de lacunas previstas no artigo 4.º do Código de Processo Penal. E também espaço à crítica da “substituição” do legislador pelo juiz (artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição), num domínio em que vale o conteúdo de sentido do princípio da legalidade criminal (artigos 29.º, 32.º, n.º 1, da Constituição).

Percorrendo a doutrina e a jurisprudência portuguesas⁶, é de concluir que as matérias que delas têm sido objeto são as relativas à constituição de arguido, à representação da pessoa coletiva no processo penal, nomeadamente quando haja declaração de insolvência, à sujeição a medidas de coação e de garantia patrimonial, à declaração de contumácia, às buscas, às regras gerais sobre notificações, à competência por conexão, às escutas telefónicas, às declarações do administrador da pessoa coletiva arguida que não figure como seu representante, ao arquivamento e à suspensão provisória do processo, aos processos especiais e à recorribilidade de acórdãos e de sentenças^{7/8}.

⁶ Cf., ainda, Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 10/94, de 7 de julho, homologado em 3 de março de 1995 (*Diário da República* n.º 99/1995, II Série, 28 de abril), e as Circulares do Procurador-Geral da República n.ºs 1/2009, de 19 de janeiro, e 4/2011, de 10 de outubro.

⁷ Sobre o tema, na doutrina, JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas coletivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra Editora, 1985, p. 155 e ss., GERMANO MARQUES DA SILVA, “Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores”, p. 789 e ss., e “Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas coletivas”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, p. 157 e s., MÁRIO PEDRO MEIRELES, “A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”, *Julgar*, n.º 5, 2008, p. 121 e ss., CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “A pessoa coletiva como sujeito processual ou a ‘descontinuidade’ processual da responsabilidade penal”, *Revista do CEJ*, 1.º semestre 2008, n.º 8 (especial), p. 99 e ss., ANA MEXIA, “A intervenção do administrador da insolvência no processo penal em representação e defesa da pessoa coletiva insolvente e arguida”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2012, p. 633 e ss., JORGE DOS REIS BRAVO, “Incidências processuais da punibilidade dos entes coletivos”, *Revista do Ministério Público*, Número 105, Ano 27, 2006, p. 45 e ss., e *Direito Penal de Entes Coletivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008, p. 291 e ss., INÊS GODINHO, “Pessoas coletivas e processo penal: alguns apontamentos de uma tentativa impossível”, *Galileu, Revista de Economia e Direito*, vol. XII, n.º 2, 2007 / XIII, n.º 1, 2008, p. 49 e ss., COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 98 e ss., PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, comentários aos artigos 57.º, Nms. 13 a 16, 61.º, Nm. 8 a 12, 113.º, Nm. 14 e 15, 134.º, Nm. 12, 174.º, Nm. 19, 177.º, Nm. 22, 187.º, Nm. 17, 281.º, Nm. 32, 335.º, Nm. 8, 334.º, Nm. 25, e 391.º-A, Nm. 11, e MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2018, p. 220 e s.

⁸ Sobre algumas das questões, na jurisprudência, Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de setembro de 2011 (Processo 142/10.4IDSTB-A.L1-5), de 12 de outubro de 2011

Na jurisprudência constitucional, há decisões relevantes, especificamente quanto aos direitos constitucionalmente consagrados com relevo em matéria de processo penal, cujo gozo seja compatível com a natureza das pessoas coletivas, à luz do disposto no n.º 2 do artigo 12.º da Constituição da República Portuguesa. O critério geral adotado é o de que não há qualquer equiparação, ainda que formal, da personalidade coletiva à personalidade singular; que o ser ou não ser compatível com a natureza das pessoas coletivas depende, além da natureza da pessoa coletiva, da natureza de cada um dos direitos fundamentais, sendo incompatíveis aqueles direitos que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas — *v.g.*, o direito à vida e o direito de constituir família; e que, ainda que certo direito fundamental seja compatível com a natureza da pessoa coletiva, daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio vá operar exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares — *v. g.*, o direito ao sigilo da correspondência e o direito à privacidade⁹.

Em relação ao direito de acesso ao direito e aos tribunais, o Tribunal Constitucional tem entendido que o direito consagrado no artigo 20.º é compatível com a natureza das pessoas coletivas privadas (Acórdãos n.ºs 539/97, 174/2000 e 216/2010). Questão distinta tem sido, porém, a de saber se as pessoas jurídicas com fins lucrativos têm direito a proteção jurídica. A questão foi dividindo e continua a dividir o Tribunal. Em 2010, através do Acórdão n.º 216/2010, o plenário decidiu não julgar inconstitucional a norma segundo a qual as pessoas coletivas com fins lucrativos não têm direito a proteção jurídica (artigo 7.º, n.º 3, da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho). Mais recentemente, em 2018, por via do Acórdão n.º 242/2018, o Tribunal decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, n.º 3, Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, na parte em que recusa proteção jurídica a pessoas coletivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa¹⁰. Afirmando que são extensíveis às pessoas coletivas as garantias de processo criminal que sejam compatíveis com a sua natureza, o Tri-

(Processo 674/08.4IDL5B-A.L1-3), de 20 de janeiro de 2016 (Processo 395/13.6TAVFX-A.L1-3); do Tribunal da Relação de Évora de 15 de outubro de 2013 (Processo 33/10.9IDEVR.E1); do Tribunal da Relação de Coimbra de 25 de junho de 2014 (2140/06.3TAAVR-A.C1); do Tribunal da Relação do Porto de 10 de novembro de 2010 (Processo 1223/07.7TAVCDA.P1), de 16 de novembro de 2011 (Processo 332/06.4TAMCDA.P1) e de 4 de junho de 2014 (Processo 35/13.3IDPRT-A.P1); e do Tribunal da Relação de Guimarães de 16 de outubro de 2006 (Processo 791/061) — disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹ Cf. Acórdãos n.ºs 539/97, 198/85, 569/98, 593/2008, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰ Para uma crítica da alteração de jurisprudência, JOÃO LOUREIRO, “Pessoas coletivas com fins lucrativos e apoio judiciário”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 147.º, n.º 4008, 2018, p. 155 e ss.

bunal Constitucional entendeu no Acórdão n.º 656/97 que também a pessoa coletiva arguida goza das garantias de imparcialidade do tribunal de julgamento e da presunção constitucional de inocência. Com o argumento, entre outros, de que não poderá sustentar-se um regime processual penal mais gravoso para a pessoa coletiva, quando o seu representante também tenha incorrido em responsabilidade criminal. No que toca ao direito à inviolabilidade da correspondência, o Tribunal sufragou o entendimento, nos Acórdãos n.ºs 198/85 e 569/98, que o direito ao sigilo da correspondência, consagrado no artigo 34.º, n.º 1, da Constituição, é compatível com a natureza jurídica da pessoa coletiva, sem prejuízo de o “conteúdo” do direito poder ser diferente consoante o titular seja pessoa singular ou coletiva. Em matéria de buscas domiciliárias, o Tribunal entendeu que já extravasa o âmbito normativo de proteção do artigo 34.º, n.º 2, da Constituição a sede e o domicílio profissional de pessoas coletivas, não estando por isso na competência reservada do juiz ordenar a busca que aí se realize (Acórdãos n.ºs 593/2008 e 596/2008). Mais: para o Tribunal, “a inviolabilidade do domicílio a que se refere o artigo 34.º da CRP exprime, numa área muito particular, a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”. Domicílio é todo o espaço fechado e vedado a estranhos, onde, de forma recatada e livre, se desenvolvem comportamentos típicos da vida privada e familiar. A inviolabilidade do domicílio, enquanto projeção espacial da *pessoa* que é não é compatível com a natureza jurídica da pessoa coletiva, já que “o bem protegido com a inviolabilidade do domicílio e o étimo de valor que lhe vai associado têm a ver com a subtração aos olhares e ao acesso dos outros da esfera espacial onde se desenrola a vivência doméstica e familiar da pessoa, onde ela, no recato de um espaço vedado a estranhos, pode exprimir livremente o seu mais autêntico modo de ser e de agir”¹¹.

4. A posição processual da pessoa coletiva arguida confronta a posição doutrinal maioritária dos que defendem a equiparação do seu estatuto processual penal ao da pessoa singular arguida, a partir do argumento fundamental de que a especial posição processual da primeira justifica um estatuto único (nem se compreenderia, de resto, que no mesmo processo pudesse haver arguidos com um estatuto com menos direitos), com a posição dos que, centrados na diferente natureza de uma e de outra, defendem uma equiparação apenas parcial que admite limitações no reconhecimento de determinados direitos processuais às pessoas coletivas. Constitui exemplo paradigmático o direito à prestação de declarações e, conseqüentemente, o direito ao silêncio, invocando-se o carácter pessoalíssimo do direito e a dificuldade em ultrapassar a dissociação entre quem titularia o direito — a pessoa coletiva — e quem o exerceria — o representante da pessoa coletiva no processo.

¹¹ Os acórdãos citados estão todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt. Na jurisprudência constitucional, cf., ainda, Acórdão n.º 128/2018, disponível no mesmo sítio.

Podemos dizer que, para os primeiros, há que retirar todas as consequências da opção político-criminal de “disparar” contra as pessoas coletivas com fogo de canhão (com sanções penais) em vez de balas (sanções administrativas ou contraordenacionais)¹², ao passo que para os segundos estaremos sempre perante entes *sem corpo para golpear e alma para condenar* que muitas vezes se encontrarão na relação com o Estado numa posição significativamente distinta — para melhor — da das pessoas singulares perante este¹³.

Na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, relativamente às declarações do representante da pessoa coletiva, os artigos 409 bis (fase de investigação) e 786 bis (fase de julgamento) salvaguardam os direitos ao silêncio, a não declarar contra si e a não confessar a culpa. Nos trabalhos preparatórios da Lei de 2011, a esta opção contrapôs-se, porém, a de deixar expresso que as disposições relativas às declarações do *imputado* e do *acusado*, incluído o exercício do direito à última palavra, não são aplicáveis às pessoas coletivas¹⁴. A explicitação de tais direitos tem o sentido de deixar claro a admissibilidade do seu exercício através do representante da pessoa coletiva arguida, já que são direitos relativamente aos quais se poderia concluir que não é compatível com a sua especial natureza o gozo por parte de pessoa coletiva, ainda que representada no processo.

Estabelecendo a regra segundo a qual são aplicáveis às pessoas coletivas as normas relativas à pessoa singular que tenha a qualidade de *imputado* ou *acusado*, sempre que sejam compatíveis com a natureza específica das pessoas coletivas, o artigo 21.º da Lei chilena 20393 remete em especial para o artigo 93.º, alínea g), do Código de Processo Penal, que consagra o direito ao silêncio ou, em caso de prestação de declarações, o direito de não serem prestadas sob juramento. Também aqui, em face da regra geral segundo a qual são aplicáveis às pessoas coletivas as normas relativas à pessoa singular que tenha a qualidade de imputado ou acusado, compatíveis com a natureza específica das primeiras, houve o cuidado de salvaguardar o direito ao silêncio ou, em caso de prestação de declarações, o direito de não serem prestadas sob juramento.

Já do ponto de vista da jurisprudência, é de concluir que não é pacífico estender às pessoas coletivas o direito à não autoincriminação. A jurisprudência dos Estados Unidos da América, iniciada no caso *Hale v. Henke* de 1906, vai no sentido de o *privilege against self-incrimination*, que se extrai agora da V Emenda da Constituição americana, só poder ser invocado por pessoas singulares. A denominada “*entity exception*” justifica-se, por o *privilege against self-incrimination* ter que ver com direitos e interesses relativos à personalidade

¹² JUAN ANTONIO LASCURÁIN, “Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, p. 100.

¹³ ASSIM, ANA MARÍA NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 131 e ss.

¹⁴ Sobre isto, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, 2016, p. 321.

humana e porque há um amplo poder regulador do Estado sobre as pessoas coletivas que justifica por parte delas o cumprimento de deveres de colaboração¹⁵. Por seu turno, o Tribunal Constitucional alemão, em 26 de fevereiro de 1997, decidiu não estender o direito à não autoincriminação às pessoas coletivas, à luz do disposto nos artigos 1.º-1, 2.º-1 e 19.º-3 da Lei Fundamental, por se tratar de direito fundado na dignidade da pessoa humana e no direito geral de personalidade. A natureza do direito não permite que seja aplicável a pessoas coletivas¹⁶.

Ainda que não possamos referenciar jurisprudência supranacional relevante que incida diretamente sobre o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva arguida, das decisões onde a questão da titularidade do direito se põe em relação a pessoas singulares decorre, com relevo para a problemática, que para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem o direito à não autoincriminação é um dos corolários do processo equitativo e do princípio da presunção de inocência, consagrados no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O direito abrange quer a prestação de declarações, quer a prestação de informações e entrega de documentos¹⁷. Por seu turno, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, iniciada no caso *Orkem c. Comissão*, de 1989, no domínio específico da infração às regras de concorrência e, por conseguinte em processo sancionatório não penal, decorre o que é sintetizado no Considerando (23) do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado da União: “a Comissão deverá dispor, em todo o território da Comunidade, de poderes para exigir as informações necessárias para detetar eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas proibidas pelo artigo 81.º do Tratado, ou eventuais abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 82.º do Tratado. Ao cumprirmos uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infração, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infração”.

No direito português, o artigo 32.º da Constituição não explicita, entre as garantias do processo criminal, o direito à não autoincriminação. Entendendo que esta disposição constitucional é fundante do direito à não autoincriminação, a questão está em saber se o gozo deste direito é compatível com a

¹⁵ Sobre isto, Sandra OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo. Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Almedina, 2018, p. 250 e s., e JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO, “O direito à não-autoincriminação e as pessoas coletivas empresariais”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.º 8-Jul./Set., 2009, p. 18 e ss.

¹⁶ Cf. *BverGE* 95, 220 (241-2).

¹⁷ Sobre isto, VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Juris 2000* — Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, *Revista do Ministério Público*, n.º 106, Out/Dez 2006, p. 142 e ss., e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, nota prévia ao artigo 345.º.

natureza da pessoa coletiva. Aceitando que o direito inclui no seu âmbito o direito de recusar a prestação de informações e a entrega de documentos, resulta claro que, nesta dimensão, se trata de direito cujo gozo é compatível com a natureza da pessoa coletiva. É já mais problemático, porém, concluir, sem mais, que o gozo do direito ao silêncio é compatível com a natureza da pessoa coletiva. E se, por conseguinte, lhe são aplicáveis as normas do Código de Processo Penal que consagram, expressamente, o direito ao silêncio do arguido — os artigos 61.º, n.º 1, alínea *d*), 141.º, n.º 4, alíneas *a*) e *b*), 341.º, n.º 1, e 345.º, n.º 1. Na doutrina portuguesa encontramos respostas positivas à pergunta relativa à titularidade do direito por parte das pessoas coletivas. Quer, em geral, quanto ao direito à não autoincriminação, quer, em especial, em relação ao direito ao silêncio, em qualquer fase do processo, exercido por intermédio do representante¹⁸. Não tem, porém, constituído objeto da jurisprudência portuguesa a questão da titularidade do direito à não autoincriminação por parte de pessoas coletivas arguidas em processo penal. Pode concluir-se, contudo, por via de decisões judiciais proferidas em processo contraordenacional, que os nossos tribunais não excluem uma tal titularidade. Aplicando ao processo contraordenacional as garantias do processo penal, em face do disposto no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição, os tribunais já concluíram pela titularidade do direito à não autoincriminação por parte de pessoas coletivas¹⁹.

5. É por demais evidente que o modelo de imputação da responsabilidade penal das pessoas coletivas adotado tem repercussões na conformação concreta da posição processual da pessoa coletiva arguida no processo penal. Independentemente de enquadrarmos o artigo 11.º do Código Penal em fórmulas de feição de mais ou menos hétéro-responsabilidade, atento o disposto na alínea *b*) do n.º 2 do artigo, tal posição processual não se pode “confundir” com a da pessoa singular arguida. Há obstáculos de natureza constitucional e legal a uma responsabilização penal da pessoa coletiva por facto de outrem que não a faça depender de factos, processualmente relevantes, que lhe são exclusivamente atinentes e por via dos quais se afirma a responsabilidade penal própria da pessoa coletiva. É, por isso, pertinente delimitar os factos que, no processo, são penalmente relevantes para a responsabilização da pessoa coletiva, por contraposição aos factos penalmente relevantes para a

¹⁸ No sentido de ser razoável atribuir à pessoa coletiva o direito à não autoincriminação, SILVA DIAS/VÁLIA COSTA RAMOS, *O direito à não auto-incriminação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, 2009, p. 42. E, ainda, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, comentário ao artigo 61.º, Nm. 8, JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO, *loc. cit.*, p. 38 e ss., e GERMANO MARQUES DA SILVA, “Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas coletivas”, p. 166.

¹⁹ Cf. os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de abril de 2011 (Processo 1.724/09.27FLSB-3) e de 17 de abril de 2012 (Processo 594/11.5TAPDL.L1-5), disponíveis em www.dgsi.pt, e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

responsabilização da pessoa singular. É em relação aos primeiros que se põe a questão de saber se a pessoa coletiva tem o direito à não autoincriminação.

Segundo determinado entendimento, os factos penalmente relevantes para o processo penal devem dividir-se em “factos de referência”, os que correspondem ao comportamento da pessoa singular que é suscetível de preencher um dos tipos legais de crime em relação ao qual é admissível a responsabilização da pessoa coletiva — factos que são simultaneamente imputados a uma e a outra, muito embora tenham sido protagonizados apenas pela pessoa singular; “factos próprios da pessoa singular”, aqueles de que depende a responsabilização penal a título individual; e os “factos internos da pessoa coletiva”, aqueles que são relevantes apenas para afirmar a responsabilidade penal própria do ente coletivo²⁰. A autonomia destes últimos é por demais evidente se tivermos em mente, nomeadamente, as causas de isenção e de atenuação da responsabilidade penal das pessoas coletivas que podem estar legalmente previstas.

A pergunta é então a de saber se é de reconhecer à pessoa coletiva arguida o direito à não autoincriminação, subentendida aqui a dimensão positiva do direito à liberdade de prestar declarações por intermédio de quem seja designado como seu representante no processo.

É doutrinamente aceite que, embora os direitos-garantia consagrados no artigo 32.º sejam eminentemente pessoais, faz sentido estendê-los às pessoas coletivas que possam ser responsabilizadas criminalmente, sem que isso signifique que as garantias valem exatamente nos mesmos termos²¹. Já quanto, por exemplo, ao direito à inviolabilidade do domicílio, a natureza eminentemente pessoal do direito é invocada, por uma parte da doutrina, para a sua não extensão às pessoas coletivas. A sede e as instalações das pessoas coletivas gozam de proteção ao abrigo de outros direitos, como a liberdade de empresa, a liberdade de associação ou a liberdade de religião²².

Independentemente de saber se o direito à não autoincriminação é um direito fundamental compatível com a natureza da pessoa coletiva ou se o

²⁰ Seguimos a divisão de FERNANDO GÁSCON INCHAUSTI, *Proceso Penal y Persona Jurídica, Proceso Penal y Persona Jurídica*, Marcial Pons, 2012, p. 34 e ss. Assim também ANA MARIA NEIRA PENA, “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”, in *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, 2017, p. 270 e ss.

²¹ Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 32.º, ponto XVIII, e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *ob. cit.*, p. 50.

²² GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, anotação ao artigo 34.º, pontos III, IV e XIII. Em sentido concordante, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *loc. cit.*, p. 150, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, comentário ao artigo 177.º, Nm. 22. No sentido de as pessoas coletivas serem titulares do direito à inviolabilidade do domicílio, PAULO MOTA PINTO, “A proteção da vida privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, 2000, p. 185, e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 34.º, ponto VII, nos casos em que a pessoa coletiva seja utilizada como forma de desenvolvimento da vida privada ou íntima dos seus membros.

gozo por parte desta é compatível com a natureza do direito, o que é facto é que as normas constitucionais de onde decorrem pretensões de defesa típicas de direitos subjetivos fundamentais de natureza processual também consagram princípios constitucionais objetivos do processo penal que garantem que o Estado administre a justiça penal segundo determinadas regras²³. Referimo-nos, nomeadamente, porque com relevo direto na problemática, aos princípios da presunção de inocência e do contraditório, consagrados no artigo 32.º, n.ºs 2 e 5, parte final, da Constituição²⁴. Por outro lado, há normas constitucionais estruturantes do processo penal, como as atinentes à estrutura acusatória do processo e ao processo equitativo, consagradas nos artigos 32.º, n.º 5, primeira parte, e 20.º, n.º 4, parte final, para as quais não releva a natureza singular ou coletiva da pessoa arguida, enquanto conferem ao *arguido* o estatuto de sujeito processual e, por via disso, lhe asseguram todas as garantias de defesa e o direito à presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

Tal como as pessoas singulares, o estatuto processual do sujeito processual que é a pessoa coletiva arguida está enformado pelos vetores fundamentais do *direito de defesa* e da *presunção de inocência* até ao trânsito em julgado da sentença de condenação. Goza, por isso, a pessoa coletiva do direito à prestação de declarações, sem que o silêncio a possa desfavorecer quando seja perguntada por via do seu representante sobre os factos que lhe são imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, bem como do direito de recusar a entrega de meios de prova como, por exemplo, documentos²⁵. A razão de tal estatuto ser equiparado ao da pessoa singular não está na pessoa coletiva em si e, nomeadamente, na sua personalidade jurídica, mas sim na garantia de um processo penal com determinada estruturação²⁶. Não pode, pois, negar-se a equiparação com funda-

²³ Neste sentido, cf. Circular do Ministério Público espanhol 1/2011, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010*, ponto, VI. 2.

²⁴ A doutrina vem salientando que há princípios estruturais do processo penal que são independentes da natureza singular ou coletiva da pessoa arguida. Assim, ANA MARÍA NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 142 e ss. Especificamente em relação à vigência do princípio da presunção de inocência em relação às pessoas coletivas, cf. Sentenças do Supremo Tribunal espanhol de 2 de setembro de 2015 e de 16 de março de 2016, comentadas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, 2017, pp. 44 e ss. e 100 e ss. Sobre a primeira, em sentido concordante, também BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *ob. cit.*, p. 340 e ss.

²⁵ FERNANDA PALMA, "A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)", *Revista do Ministério Público*, n.º 60, 1994, p. 101 e ss.

²⁶ Assim, JULIO PÉREZ GIL, "Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal", in *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, Aranzadi, 2017, p. 40 e s. No mesmo sentido, cf. Sentenças do Supremo Tribunal espanhol de 29 de fevereiro de 2016 e de 16 de março de 2016, comentada por CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *ob.cit.*, pp. 59 e ss. e 106 e s., e BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *ob. cit.*, p. 337.

mento na sua natureza e, nomeadamente, na circunstância de a sua personalidade ser jurídica e não natural.

Não basta, porém, afirmar que o representante da pessoa coletiva pode não responder a perguntas sobre os factos que forem imputados a esta e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, relativamente aos factos de referência e aos factos internos. Sob pena de não poder ser exercido efetivamente o direito ao silêncio da arguida, as pessoas singulares que ocupem na pessoa coletiva uma posição de liderança e que intervenham no processo na qualidade de testemunhas têm de poder recusar-se a responder a perguntas de cuja resposta resulte a responsabilização penal da pessoa coletiva. O dever de colaboração com a administração da justiça deve ceder perante deveres legais e estatutários de lealdade, segredo e confidencialidade, que, no limite, garantem o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva²⁷.

Quanto à entrega de meios de prova atinentes à vida interna da pessoa coletiva, o pedido deve ser dirigido ao representante da pessoa coletiva, não podendo ser contornada a recusa por via de pedido a outras pessoas que aí ocupem uma posição de liderança ou a quem seja apenas um dos seus trabalhadores. Por outro lado, quando tais meios de prova forem facultados por pessoa singular distinta do representante da pessoa coletiva, pessoa que aqui ocupe uma posição de liderança ou que seja apenas um dos seus trabalhadores, tal prova não deve ser valorada. Nestas circunstâncias, a valoração de tal prova significaria privar a pessoa coletiva do direito de decidir sobre a entrega no processo de meios de prova²⁸.

²⁷ Na conclusão, FERNANDO GÁSCON INCHAUSTI, *ob. cit.*, p. 142 e s.

²⁸ Na conclusão, FERNANDO GÁSCON INCHAUSTI, *ob. cit.*, p. 123 e ss.