

A titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas em processo penal¹

The privilege against self-incrimination by legal entities in criminal procedures

Pedro Augusto Amaral Dassan²

Universidade de Coimbra – Coimbra, Portugal

pedrodassan@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0627581111834629>

 <https://orcid.org/0000-0001-9346-934X>

RESUMO: O direito à não autoincriminação desempenha um papel essencial na construção de um processo penal de matriz acusatória que legitima o *jus puniendi*. Com a ascensão de modelos de responsabilidade penal das pessoas coletivas em diversas jurisdições, esse direito pode ser a elas estendido? Qual seria seu alcance nessa perspectiva? Este artigo, por meio de revisão bibliográfica e método teórico dedutivo, primeiro analisa a extensão dos direitos fundamentais às entidades coletivas. Em seguida, o foco se volta especificamente ao direito à não autoincriminação, investigando seus fundamentos e natureza. Com base nisso, o artigo examina a jurisprudência relevante na União Europeia sobre o direito à não autoincriminação, identifica as principais perspectivas e divergências de sua aplicação para as pessoas coletivas para, ao fim, apresentar considerações sobre o alcance desse direito nesse contexto.

PALAVRAS-CHAVE: Autoincriminação; Pessoas Coletivas; Processo Penal.

¹ Texto escrito com a grafia de português europeu.

² Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e pós-graduado em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado criminalista.

ABSTRACT: *The right against self-incrimination plays an essential role in the construction of an accusatorial criminal procedure system that legitimizes the jus puniendi. With the rise of models of criminal liability for legal entities in various jurisdictions, could this right be conferred upon them? What would be its scope in this perspective? This article, through bibliographic review and deductive theoretical method, first examines the extension of fundamental rights to legal entities. Subsequently, the focus turns specifically to the right against self-incrimination, investigating its foundations and nature. Based on this, the article examines relevant jurisprudence in the European Union regarding the right against self-incrimination, identifies key perspectives and divergences in its application to legal entities, ultimately providing considerations on the scope of this right in this context.*

KEYWORDS: *Self-incrimination; Legal entities; Criminal procedure.*

INTRODUÇÃO

Estabelecer um modelo de responsabilidade penal da pessoa coletiva em determinado ordenamento jurídico requer a construção de um conjunto de normas processuais que o operacionalize de forma harmônica no sistema.

O avanço da previsão da responsabilidade penal da pessoa coletiva em diversos países tem sido acompanhado de uma expressiva literatura voltada à conceção dos fundamentos substantivos da imputação do crime à pessoa coletiva. No entanto, a atenção aos importantes aspetos processuais que oferecem sustentação à aplicação desse sistema tem sido menos explorada.

Isso é especialmente relevante ao se considerar que uma estrutura processual pré-estabelecida e determinada é necessária para garantir a legitimidade do exercício do *jus puniendi*. Da mesma forma que o direito penal substantivo moderno foi erigido sob o paradigma da pessoa singular humana, a instrumentalização de sua aplicação – por meio do processo – também o foi, o que inclui os vetores axiológicos constitucionalmente emanados que cercam ambos os sistemas do ordenamento jurídico-penal.

Portanto, para estabelecer um sistema harmônico que permita a persecução penal legítima das pessoas coletivas é necessário compreender

quais valores constitucionais sustentam esse modelo e, a partir dessa base, construir e operacionalizar os objetivos almejados. Nesse contexto, o presente artigo busca verificar se o direito à não autoincriminação pode ser estendido às pessoas coletivas e, nesse caso, qual seria o seu alcance no contexto de um processo penal acusatório.

1. A TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELAS PESSOAS COLETIVAS

A discussão acerca da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas não é nova, e sua base reside justamente no fato de que os direitos fundamentais têm sua origem no reconhecimento de uma esfera de liberdade das pessoas singulares frente ao Estado³. As pessoas coletivas são sujeitos de direitos e obrigações regulados pelo ordenamento jurídico, ou seja, operam com uma subjetividade própria que é reconhecida ou atribuída pelo ordenamento jurídico⁴.

Embora existam argumentos contra o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas coletivas, o entendimento predominante é na direção oposta. Nos Estados democráticos de direito, nomeadamente na conjuntura liberal-ocidental, há uma tendência em estender os direitos fundamentais às pessoas coletivas. Esses direitos devem ser reconhecidos e garantidos não apenas em benefício delas próprias, mas também visando o interesse público. Assim, a questão principal a se colocar nessa circunstância está centrada na verificação da verdadeira extensão desses direitos⁵.

A restrição excessiva da titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas coletivas – que desempenham papéis significativos nas sociedades de livre iniciativa econômica e de mercado – seria uma

³ NEIRA PEÑA. Ana María, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 138.

⁴ GÓMEZ-MONTORO, Ángel. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación, *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 65, 2002, p. 54.

⁵ Cf. OLIVER, Peter. Companies and their fundamental rights: a comparative perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 3, p. 661–696, 2015, p. 661.

inconsistência sistemática dentro da ordem jurídica, já que as deixaria vulneráveis a abusos que poderiam inviabilizar suas atividades económicas e, por consequência, prejudicar o desenvolvimento macroeconómico do próprio Estado⁶.

Reconhecer a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas permite que elas se defendam contra possíveis interferências indevidas pelo Estado, ou exijam que o poder público se abstenha de atividades que possam violar e lesionar sua esfera jurídica, ou mesmo se protejam de atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros, que são as verdadeiras funções dos direitos fundamentais⁷.

Para uma apropriada análise acerca da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, recorde-se que o conteúdo desses direitos em um sistema jurídico resulta de uma fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização e que “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”. A essa dimensão formal soma-se a fundamentalidade material, assente na conceção de que o conteúdo dos direitos fundamentais é determinante para a construção das estruturas normativas básicas do Estado e da sociedade⁸.

Diante disso, as soluções devem partir dos elementos constitucionais do Estado. Nesse sentido, a Constituição de Portugal oferece uma base sólida para a construção de um sistema que permite estender às pessoas coletivas um conjunto de direitos e garantias constitucionais. O artigo 12.º da Constituição, que em seu n.º 1 consagra o princípio da universalidade, estabelece no n.º 2 que “as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

Esse dispositivo constitucional evidencia que se deve levar em conta a essência do direito fundamental concreto – o que depende do

⁶ Sobre esse risco, referente ao caso *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v Rússia*, vide *Ibid.*, p. 661–662.

⁷ Sobre as funções dos direitos fundamentais, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 11. reimpr. u. 14 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407 e ss.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 520.

conceito e do âmbito normativo específico desse direito – assim como a essência da pessoa coletiva em causa, que pode ser dotada de personalidade jurídica ou não, que pode ser de direito público ou de direito privado, entre outras formas⁹.

O que se torna relevante neste contexto, considerando a ordem jurídica portuguesa, é identificar quais direitos e garantias fundamentais são compatíveis com as pessoas coletivas no âmbito do processo penal. O direito penal e o processo penal estão intimamente ligados à constituição do Estado, e os direitos fundamentais nela consagrados estabelecem os fundamentos e limites de um processo penal justo e de matriz acusatória, que reflete as características políticas e identitárias desse Estado¹⁰.

Ao estabelecer a responsabilidade penal das pessoas coletivas, torna-se essencial que sejam estabelecidas as respetivas normas de natureza processual que permitam uma legítima persecução das finalidades substantivas definidas. Por essa razão, a Lei nº 94/2021 equiparou o estatuto processual da pessoa coletiva arguida ao da pessoa singular, sendo essa “a única via que se harmoniza com as normas e os princípios constitucionais vigentes”. Permite-se, assim, a consolidação de uma coerência sistemática entre as garantias processuais da pessoa arguida, a extensão às pessoas coletivas do gozo dos direitos fundamentais e a estrutura de um processo penal de modelo acusatório¹¹.

Desse modo, a equiparação do estatuto conferida pelo ordenamento jurídico garante à pessoa coletiva arguida, como sujeito processual, ao gozo da presunção de inocência e do contraditório, a materializar uma estrutura sistemática lógica unívoca, em que não se permite negar esse estatuto pelo fundamento de distinta natureza de personalidade¹².

⁹ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 421. Maria João Antunes esclarece que “em Portugal exige-se que o gozo do direito tenha de ser compatível com a natureza da pessoa coletiva”. No ponto, inclusive, há maiores questionamentos e limitações acerca da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas públicas e pelas pessoas coletivas sem personalidade jurídica, mas que fogem do escopo do presente trabalho. ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 46.

¹⁰ Cf. ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2023, p. 21.

¹¹ *Ibid.*, p. 58–59.

¹² *Ibid.*, p. 59.

A previsão constitucional do artigo 12.º, n.º 2, permitiu a construção de uma jurisprudência relevante sobre o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, cuja compatibilidade está assentada não somente na natureza da pessoa coletiva, como também na natureza de cada um dos direitos fundamentais, o que também exige, em certos casos, uma aplicabilidade adaptada à pessoa coletiva em causa¹³.

O Tribunal Constitucional tem entendido como compatível com a natureza das pessoas coletivas o direito de acesso aos tribunais¹⁴; a presunção de inocência e garantia de imparcialidade do tribunal de julgamento¹⁵; o direito à inviolabilidade da correspondência¹⁶; o direito à privacidade (excluindo-se o direito à inviolabilidade do domicílio)¹⁷ e o direito à não autoincriminação¹⁸.

Como Portugal, a Lei Fundamental alemã também possui norma expressa de titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, constante do artigo 19, n.º 3, que dispõe que “os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”.

Também na Alemanha, o Tribunal Constitucional leva em consideração tanto a natureza do direito em causa quanto a natureza da pessoa jurídica, de maneira que a elas não são aplicáveis o princípio da dignidade humana (artigo 1, n.º 1, da Lei Fundamental alemã). Por outro lado, é aplicável o direito do artigo 2, n.º 1, que estabelece que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. Além disso, as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, ao sigilo da

¹³ ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 49.

¹⁴ *Ibid.*, p. 49–50 Com menção aos Acórdãos n.ºs 539/97, 174/2000 e 216/2010.

¹⁵ *Ibid.*, p. 51 Com menção ao Acórdão n.º 656/97.

¹⁶ *Ibid.*, p. 52 Com menção ao Acórdão n.º 198/85. Mais recentemente, relevante o Acórdão n.º 91/2023.

¹⁷ *Ibid.*, p. 52–53 Com menção ao Acórdãos n.º 593/2008 e 596/2008.

¹⁸ *Ibid.*, p. 53–54 Com menção ao Acórdão n.º 298/2019. Sendo este direito o escopo do presente trabalho, ele será melhor explorado mais à frente.

correspondência, comunicação postal e telecomunicação, à liberdade profissional e à propriedade¹⁹.

Curiosamente, a Constituição de Espanha não possui disposição similar, muito embora as constituições de Portugal e da Alemanha tenham sido importantes textos de referência para o constituinte espanhol²⁰. Não obstante esse silêncio, certo é que a jurisprudência daquele país não o interpreta como uma intenção do constituinte pela negativa de titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas. Com efeito, o Tribunal Constitucional espanhol reconhece as pessoas jurídicas como titulares de alguns direitos fundamentais, tendo assinalado na *Sentencia 23/1989* que “*los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas*”²¹.

No contexto jusfundamental europeu também há uma tendência de estender os direitos fundamentais às pessoas coletivas, nomeadamente pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)²², que tem reconhecido a titularidade de alguns direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e Protocolos Adicionais pelas pessoas coletivas. A própria CEDH prevê expressamente a possibilidade de as pessoas coletivas apresentarem petições perante o TEDH, em seu artigo 34.º, cuja referência à “organização não governamental” abrange as pessoas coletivas de direito público e privado²³.

Com efeito, dentre os direitos fundamentais reconhecidos às pessoas coletivas no âmbito do TEDH, relevantes ao envolvimento em processos criminais ou contraordenacionais, é possível mencionar: i) o direito a um processo equitativo, incluindo-se o direito à não autoincriminação, o

¹⁹ OLIVER. Companies and their fundamental rights, p. 692–694.

²⁰ GÓMEZ-MONTORO. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación, p. 56.

²¹ STC 23/1989, de 2 de fevereiro. Posteriormente, ainda, STC 139/1995, de 26 de setembro.

²² MACHADO, Jónatas; RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, p. 13–47, 2009, p. 31.

²³ MARTA, João Santos. Titularidade de direitos humanos pela pessoa coletiva arguida? Em especial a tutela da propriedade e os riscos da sua violação no quadro jurídico-processual penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 31, n. 3, p. 463–488, 2021, p. 468–469.

direito de acesso aos tribunais, o direito a um julgamento por um tribunal independente e imparcial, o direito de obtenção de uma decisão em prazo razoável e o princípio da presunção de inocência; *ii*) garantias decorrentes do princípio da legalidade; *iii*) direito à proteção da correspondência e instalações contra violações arbitrárias; *iv*) direito a um recurso efetivo; *v*) direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez, entre outros²⁴.

No âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia, ganha destaque o caso *DEB*, cujo acórdão consignou que “o princípio da protecção jurisdicional efectiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não está excluído que possa ser invocado por pessoas colectivas”²⁵.

Pessoas coletivas são titulares de alguns direitos fundamentais e de outros, não. Determinar quais são os direitos compatíveis depende do conceito e do âmbito normativo do direito fundamental, sendo aqueles intrínsecos à referência humana, da personalidade singular, incompatíveis com a extensão às pessoas coletivas, como o direito à vida e direito de constituir família²⁶. Para os direitos que não são intrinsecamente ligados à existência física de uma pessoa singular, é fundamental realizar uma análise individualizada a fim de justificar tanto a possibilidade quanto a necessidade ou conveniência de reconhecê-los como direitos da pessoa coletiva. Não é suficiente categorizá-los objetivamente como direitos essencialmente pessoais ou não, fazendo-se necessária uma análise crítica e um verdadeiro exercício hermenêutico em cada caso²⁷.

2. A TITULARIDADE DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELAS PESSOAS COLETIVAS

O direito à não autoincriminação é universalmente aceito a todas as pessoas singulares no âmbito de processos criminais. Sua aplicação para

²⁴ *Ibid.*, p. 474–476.

²⁵ TJUE. Processo C279/09. Acórdão ECLI:EU:C:2010:811, de 22 de dezembro de 2010.

²⁶ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 421.

²⁷ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 139.

as pessoas coletivas, por sua vez, já não é tão pacífica²⁸. As divergências decorrem precipuamente em razão das origens e escopo do princípio, que merecem maior atenção a partir daqui.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL

O processo justo e garantista, fundamentado na presunção de inocência e no devido processo legal, apresenta-se como a essência dos sistemas processuais penais. Essas bases, erigidas no pensamento iluminista e desenvolvidas pelos modernos Estados democráticos de direito, estabelecem a estrutura fundamental sobre a qual todos os participantes e sujeitos processuais devem se submeter e operar. A razão de ser de um processo penal de inspiração constitucional e marcado pelas garantias processuais decorre necessariamente da compreensão dos erros e horrores antecedentes que marcaram a história do *jus puniendi*²⁹.

O atual protagonismo constitucional na concretização do processo é resultado de uma evolução democrática em que se perceberam os riscos em jogo na busca desmedida por justiça, o que culminou na vigência de um processo penal estruturado na presunção de inocência como princípio normativo central, como regra de tratamento da pessoa arguida e regra de juízo. É precisamente a rigorosa isenção à pessoa arguida do dever de demonstrar sua inocência que impõe um processo de tipo acusatório e a renúncia da imposição de fonte de prova contra si mesmo, a consagrar a investidura do direito ao *nemo tenetur se ipsum accusare*³⁰.

Tal conjuntura viabiliza um *jus puniendi* legítimo, associado a uma prévia determinação de busca por uma verdade fática de qualidade, decorrente de um curso processual exigente em suas garantias

²⁸ SCHNEIDER, Anne. Privilege against Self-Incrimination (Nemo Tenetur). In: *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, online.

²⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n. 1, 2020, p. 76.

³⁰ *Ibid.*, p. 77.

jurídicas³¹, em uma lógica de que não pode valer tudo para se alcançar uma condenação³².

Essa mesma base racional, construída para as pessoas singulares (sob o viés do *societas delinquere non potest*), passa a demandar uma expansão, dentro do possível, às pessoas coletivas que assumem a mesma condição processual, já que a imposição de condições diversas a pessoas arguidas resultaria em uma contrariedade à *ratio* de um processo penal legítimo, capaz, inclusive, de gerar um desequilíbrio processual entre as partes do processo de matriz acusatória³³. O respeito ao direito da pessoa arguida em não se autoincriminar garante-lhe um tratamento como verdadeira sujeita (de direitos) e não como simples objeto.

2.2. O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A titularidade do direito à não autoincriminação por parte das pessoas coletivas tem sido discutida predominantemente de forma dicotômica, abrangendo duas perspectivas distintas: reconhecer ou não reconhecer as pessoas coletivas como titulares desse direito. De maneira geral, ao menos no que diz respeito às pessoas singulares, esse é um direito de raízes constitucionais, razão pela qual a discussão acerca do alcance do direito às pessoas coletivas também acaba por adotar um caráter constitucional³⁴.

No constitucionalismo moderno, o direito à não autoincriminação ganhou *status* de direito constitucionalmente positivado inicialmente a partir da Quinta Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, ratificada em 1791³⁵. Mesmo nos casos de ordenamentos

³¹ *Ibid.*, p. 78.

³² CASI, Fermín Echarri. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, v. 1, 2023, p. 3.

³³ Cf. *Ibid.*

³⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 44, p. 217–263, 2015, p. 219.

³⁵ “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”. O Princípio foi ainda complementado a partir da decisão da *Supreme*

jurídicos em que o princípio não encontra previsão expressa no texto constitucional, sua aplicação decorre de outros princípios constitucionalmente consagrados, relacionados ao devido processo legal de matriz acusatória, que resultaria em sua fundamentalidade material³⁶.

Em Portugal, a Constituição da República não tutela expressamente o *nemo tenetur*, mas a doutrina e jurisprudência são unânimes em reconhecer a natureza constitucional implícita do direito³⁷, extraída da tutela constitucional de valores e direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência³⁸. Assim, na doutrina portuguesa, embora se verifique a prevalência de uma compreensão do direito em um fundamento processual, centrada na estrutura acusatória do processo, igualmente referencia-se a relevância do fundamento material³⁹.

Assim como Portugal, o direito à não autoincriminação não encontra fundamento expresso na Lei Fundamental alemã, tendo sido papel da doutrina e jurisprudência a construção de uma compreensão do direito com fundamento constitucional implícito. No contexto alemão, a jurisprudência inclina-se à compreensão do direito a partir de uma dimensão material orientada pela dignidade humana, consagrada no artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental. A doutrina dominante, por sua vez,

Court no caso Miranda v. State of Arizona que estabeleceu deveres de esclarecimento e advertência sobre os correspondentes direitos dos arguidos. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 2ª. Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 130.

³⁶ MACHADO; RAPOSO. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas coletivas empresariais, p. 14.

³⁷ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Ed, 2009, p. 14–15.

³⁸ ANDRADE. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 132.

³⁹ Nesse sentido, SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 155; Vide, ainda, DIAS; RAMOS. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, p. 15. Como visto acima, Manuel da Costa Andrade prioriza um fundamento material, centrada na dignidade humana, mas sem deixar de lado a processual, centrada na garantia da presunção de inocência. ANDRADE. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 132.

privilegia a liberdade geral de ação ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constante do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental, sob a qual garante que a pessoa não será reduzida a mero objeto da atividade do Estado e que é posta em perigo quando a pessoa arguida passa a ser instrumentalizada como meio de prova contra si mesma⁴⁰.

A Constituição espanhola, ao contrário da portuguesa e alemã, possui expressa previsão do direito à não autoincriminação em seu artigo 24, n.º 2, que, dentre seu extenso conteúdo de garantias e direitos processuais, menciona o direito “*a no declarar contra sí mismos*” e “*a no confesarse culpables*”. Como é possível visualizar, a partir de uma simples análise topográfica, o texto fundamental espanhol positivou o direito no dispositivo juntamente com as garantias processuais, limitadoras do *jus puniendi*, a privilegiar sua conceção fundamentada processualmente⁴¹.

Em âmbito internacional, o direito à não autoincriminação encontra importantes previsões, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu artigo 14.º, n.º 3, *g*; e no âmbito do Tribunal Penal Internacional, no artigo 55.º, n.º 1, *a e b* e n.º 2, *b* e no artigo 67.º, n.º 1, *g, h e i*. Embora a CEDH não tenha disposição expressa acerca do direito à não autoincriminação, o TEDH o reconhece como elemento decorrente do princípio do *fair trial*⁴². Por fim, importante mencionar que pelo artigo 7.º da Diretiva (EU) 2016/343, do Parlamento e do Conselho, de 9 de março, em conjunto com a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem do direito a um processo equitativo no âmbito da CEDH (Considerando 27), os Estados devem tutelar os direitos ao silêncio e não autoincriminação.

Como observado, o direito à não autoincriminação é amplamente aceito em vários países e no âmbito internacional, revelando-se um direito indispensável em processos penais conduzidos em contextos democráticos. Embora consolidada a compreensão de sua imprescindibilidade para um devido processo penal, é visível a falta de consenso sobre os fundamentos,

⁴⁰ ANDRADE. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 131.

⁴¹ Cf. CASI. *Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?*, p. 8.

⁴² Nesse sentido, SILVA. *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, p. 305 e ss.

conteúdo e âmbito de aplicação do referido direito. No ponto, se a aplicação tradicional do direito às pessoas singulares enfrenta dificuldades em razão dessas divergências, elas tornam ainda mais obscura sua aplicação e operacionalização quando estão em causa as pessoas coletivas.

Da breve análise do direito em questão em alguns ordenamentos jurídicos e no contexto internacional, é possível verificar que ele possui primordialmente uma dupla natureza em seu fundamento material: a substantiva e a processual⁴³.

Sob a perspectiva substantiva, o direito à não autoincriminação encontra sua base no reconhecimento da dignidade humana⁴⁴, da integridade pessoal, do desenvolvimento da personalidade e da privacidade, o que conferiria a esse direito um carácter personalíssimo. A coação, pressão e truques utilizados por autoridades que manipulam o ambiente e retiram a liberdade de uma pessoa para forçá-la a se autoincriminar afronta diretamente a autonomia e dignidade⁴⁵. Há uma especial crueldade em forçar as pessoas a causarem dano a si mesmas e em submetê-las a uma situação conflitante entre se autoincriminarem, praticarem crime de falsidade de testemunho ou mesmo desobediência⁴⁶.

⁴³ MACHADO; RAPOSO. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais, p. 15.

⁴⁴ “O intérprete e aplicador do direito tem de se mover no espaço deixado em aberto pela redução da complexidade já operada e devida, em primeira linha, à própria Constituição. Em que avulta o reconhecimento do *nemo tenetur* como instituição irrenunciável do Estado de Direito e como projecção directa da intangível dignidade pessoal. E, como tal, também ele pertinente à área nuclear e inviolável da condução da vida”. ANDRADE, Manuel Da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 57, n. 1, p. 385–451, 2014, p. 431.

⁴⁵ Cf. GREENAWALT, R. Kent. *Silence as a Moral and Constitutional Right*. *William & Mary Law Review*, v. 23, n. 1, 1981, p. 40 e ss.

⁴⁶ “*The privilege against self-incrimination “registers an important advance in the development of our liberty -- one of the great landmarks in man’s struggle to make himself civilized.” Ullmann v. United States, 350 U. S. 422, 350 U. S. 426. It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial, rather than an inquisitorial, system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses”*. U.S. Supreme Court.

De outro lado, a perspectiva processual concebe o direito à não autoincriminação como indissociável da estrutura acusatória do processo, que consagra um processo equitativo (*due process of law*) fundamentado no contraditório, igualdade de armas e presunção de inocência⁴⁷. Haveria uma relação direta com o direito de defesa, sendo aquele um instrumento do último, expressa em sua mais ampla esfera⁴⁸.

De igual forma, o direito à não autoincriminação encontra-se intimamente relacionado à presunção de inocência, como regra probatória e de juízo, que determina uma distribuição da carga da prova de maneira a impedir que a pessoa arguida colabore com sua própria incriminação, já que cabe à acusação apresentar provas suficientes do crime e da responsabilidade da pessoa arguida⁴⁹.

Essas dimensões abrem caminho para entendimentos diversos acerca da titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas, já que tal encontraria maiores obstáculos na compreensão de que referido direito é corolário direto da dignidade humana.

2.3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH) E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE)

O TJUE, ainda que tenha uma competência material limitada, é o único que se pronunciou expressamente sobre o reconhecimento do

Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964). No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal Constitucional federal alemão: “a liberdade de declaração do arguido e a proibição da autoincriminação forçada (*nemo tenetur se ipsum accusare*) são expressões necessárias de uma orientação constitucional baseada no princípio fundamental de respeito à dignidade humana. Ao forçar a pessoa a prestar informações, ela pode se encontrar em uma situação de conflito em que tem de escolher entre se autoincriminar, cometer um novo delito de falsidade de testemunho ou ser submetida a medidas coercitivas em razão de seu silêncio” (tradução nossa). BVerfG, julgamento de 25 de janeiro de 2022 - 2 BvR 2462/18, parágrafo 50.

⁴⁷ Vide notas 28 a 31.

⁴⁸ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 257–258.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 259.

nemo tenetur às pessoas coletivas⁵⁰, já em 1989, no âmbito do direito da concorrência, no caso *Orkem c. Comissão Europeia*, em que afirmou que a Comissão pode obrigar as empresas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mas sem prejudicar seus direitos de defesa, ou seja, sem obrigá-las a admitir ou confessar uma infração⁵¹. Essa mesma jurisprudência foi reafirmada posteriormente no caso *Mannesmannröhren-Werke c. Comissão*⁵², caso *Comissão c. SGL Carbon*⁵³.

Mais recentemente, o TJUE se pronunciou pela primeira vez sobre o direito ao silêncio das pessoas singulares no caso *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*⁵⁴, ocasião em que realizou um confronto com a jurisprudência do Tribunal relativa ao reconhecimento do direito às pessoas coletivas, a confirmar o entendimento de que “a empresa em causa pode ser obrigada a fornecer todas as informações necessárias relativas a factos de que possa ter conhecimento e a comunicar, se necessário, os documentos correspondentes que a referida empresa possua, ainda que estes possam servir para comprovar, nomeadamente a seu respeito, a existência de um comportamento anticoncorrencial”, mas que “não podia ser imposta a essa empresa a obrigação de dar respostas através das quais fosse levada a admitir a existência de tal infração”⁵⁵.

Com esse julgamento do TJUE, uma interpretação mais ampla do direito foi garantida às pessoas singulares em procedimentos administrativos de abuso de mercado, em comparação com o alcance do direito às pessoas coletivas, afirmando que “o direito ao silêncio não pode razoavelmente limitar-se a confissões de factos delituosos ou a observações que impliquem diretamente a pessoa interrogada, mas abrange também

⁵⁰ CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 11.

⁵¹ TJUE. Processo C-374/87. Acórdão ECLI:EU:C:1989:387, de 18 de setembro de 1989. Sobre isso, ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 60.

⁵² TJUE. Processo T-112/98. Acórdão ECLI:EU:T:2001:61, de 20 de fevereiro de 2001.

⁵³ TJUE. Processo C-301/04. Acórdão ECLI:EU:C:2006:432, de 29 de Junho de 2006.

⁵⁴ TJUE. Processo C-481/19. Acórdão ECLI:EU:C:2021:84, de 2 de fevereiro de 2021.

⁵⁵ Parágrafos 46 e 47 do Acórdão ECLI:EU:C:2021:84, de 2 de fevereiro de 2021.

informações sobre questões de facto que possam posteriormente ser utilizadas em apoio da acusação e, portanto, ter um impacto na condenação ou na pena aplicada a essa pessoa”⁵⁶.

Por seu turno, embora o TEDH não tenha se pronunciado expressamente sobre a aplicação do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas, há importantes decisões acerca desse direito. Nesse sentido é o caso *Funke c. França*⁵⁷, em que o Tribunal reconheceu o direito à não autoincriminação implicitamente consagrado no artigo 6.º da CEDH, ou seja, ele protege a pessoa arguida contra contribuições forçadas para sua condenação, tratando-se de direito constitutivo de um julgamento justo⁵⁸.

No caso *Saunders c. Reino Unido*⁵⁹, o Tribunal estabeleceu a proibição de utilizar como prova em um processo penal declarações obrigatórias obtidas no âmbito de uma investigação preliminar de natureza extrapenal, bem como decidiu que documentos e outras provas físicas que existam de forma autónoma à pessoa arguida não estão abrangidos pela proteção desse direito e, portanto, podem ser usados contra ela⁶⁰.

No caso *Jalloh c. Alemanha*⁶¹, o TEDH estipulou que o critério para aferir a violação ou não do direito à não autoincriminação seria a análise da natureza ou grau da coerção empregada para obter a prova, o peso do interesse público em causa, a existência de salvaguardas adequadas para proteger a pessoa investigada e acusada no processo e a utilização do material obtido na investigação⁶².

⁵⁶ Parágrafo 40 do Acórdão ECLI:EU:C:2021:84, de 2 de fevereiro de 2021.

⁵⁷ TEDH. 10828/84. Acórdão de 25 de fevereiro de 1993.

⁵⁸ Sobre a jurisprudência do TEDH e TJUE relativa ao direito da não autoincriminação, recomenda-se: MEYER, Frank. *Nemo Tenetur for Natural and Legal Persons in the Light of ECtHR and ECJ*. In: DANNECKER, Gerhard; FARKAS, Ákos; JACSÓ, Judit (Orgs.). *External, Internal and Criminal Investigations of Criminal Offences Affecting the Financial Interests of the European Union*. Budapest: Wolters Kluwer Hungary Kft, 2022, p. 281 e ss.

⁵⁹ TEDH. 19187/91. Acórdão de 17 de dezembro de 1996.

⁶⁰ Sobre o caso, CASI. *Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?*, p. 11; MACHADO; RAPOSO. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p. 32–33.

⁶¹ TEDH. 54810/00. Acórdão de 11 de julho de 2006.

⁶² Vide MACHADO; RAPOSO. *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, p. 35.

O que se verifica, portanto, é uma reiteração jurisprudencial no sentido de que o direito à não autoincriminação visa proteger a pessoa arguida contra medidas coercitivas e compulsórias por autoridades para obter provas, em respeito ao direito de um devido processo legal e julgamento justo⁶³.

2.4 A EFETIVA TITULARIDADE DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELAS PESSOAS COLETIVAS

A questão acerca da titularidade do direito à não autoincriminação não encontra solução homogênea nos diversos cenários estatais e da união europeia, abrangendo um amplo espectro que vai do reconhecimento à negação do direito às pessoas coletivas⁶⁴.

Os principais argumentos contra o reconhecimento do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas estão relacionados substancialmente com fundamentos jusnaturalistas do direito e sua relação com a dignidade humana, liberdade, privacidade e integridade física, direitos fundamentais atinentes às pessoas singulares. Além disso, os argumentos centram nas dificuldades práticas decorrentes da aplicação do direito às pessoas coletivas, que se verificam, por exemplo, na dissociação entre quem padece o risco de autoincriminação e quem efetivamente presta as declarações, além dos obstáculos que podem gerar às investigações criminais⁶⁵.

De outro bordo, os argumentos a favor do reconhecimento do direito partem justamente do reconhecimento da centralidade do direito à não autoincriminação como elemento básico do sistema acusatório, diretamente relacionado com o direito de defesa e da presunção de inocência, já aqui anteriormente expostos.

Como visto, as pessoas coletivas são também titulares de direitos fundamentais. O que importa saber é a quais desses direitos as pessoas coletivas podem recorrer e, para tal, é imprescindível uma análise crítico-hermenêutica de cada caso para a adequação teleológica e sistemática de uma ordem jurídica.

⁶³ Nesse sentido, também: TEDH. 38544/97. Acórdão de 8 de abril de 2004.

⁶⁴ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 238.

⁶⁵ Cf. *Ibid.*, p. 241 e ss.

A consagração do *nemo tenetur* nos sistemas jurídicos modernos se firmou como consequência dos ideais iluministas que encontravam na consciência individual autônoma a fonte e destino das novas estruturas sociais. A pessoa singular como centro do universo, dotada de autonomia, liberdade e vontade para o qual se converge a tutela jurídica. Mas o direito, como fenómeno social, não pode ignorar as evoluções do mundo. Assim, o *nemo tenetur* deve ser considerado também a partir da sua dimensão evolutiva que acompanha a realidade social e o desenvolvimento do pensamento jurídico. Com o advento de novas complexidades sociais, deve o direito também a elas convergir⁶⁶.

Se as pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais compatíveis com sua natureza e passam a ser alvos de responsabilidade penal em determinados ordenamentos jurídicos, nada mais razoável do que lhes atribuir os direitos processuais que assistem à pessoa arguida, nomeadamente o direito à não autoincriminação⁶⁷.

Por tudo até aqui exposto, não restam maiores dúvidas de que o direito à não autoincriminação deve ser compreendido em sua dimensão processual, que se expressa como consequência lógico-sistemática de uma ordem jurídico-constitucional pautada em valores que regem uma sociedade. As garantias e direitos de um devido processo legal de matriz acusatória, assente na ampla defesa, contraditório e presunção de inocência, dos quais é corolário o direito à não autoincriminação, são o *leitmotiv* da responsabilidade penal de ordenamentos jurídicos dos Estados modernos de direito.

Como bem esclarece Maria João Antunes, a razão da equiparação do estatuto 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 estruturação”⁶⁸, de maneira que negar

⁶⁶ Nesse sentido, ANDRADE, Tiago da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* : um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 8, n. 31, 2017, p. 204.

⁶⁷ DIAS; RAMOS. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, p. 42.

⁶⁸ ANTUNES, Maria João. A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida. *Julgar*, 2019, p. 28.

os direitos fundamentais de defesa e presunção de inocência, que fundamentam o exercício de um direito de não autoincriminação e garantem sua estrutura acusatória, coloca em risco a essência do processo penal, com o perigo de catalisar uma erosão dos direitos constitucionalmente consagrados na sociedade como um todo⁶⁹.

Mas, para além disso, por se tratarem de direitos fundamentais inseridos em um sistema harmónico constitucional que emana valores normativos que regem uma sociedade, evidentemente os direitos fundamentais atrelados ao processo penal acusatório encontram também um estreito liame com os demais direitos fundamentais correspondentes à natureza de cada sujeito processual. Assim, se está em causa a responsabilidade penal de uma pessoa singular, a dignidade humana exerce maior força centrípeta sobre os direitos e garantias processuais penais em causa. Em outras palavras, o direito de defesa, contraditório, presunção de inocência e, assim, o próprio *nemo tenetur*, como direitos que desempenham uma finalidade de proteção da pessoa singular, atuam também como garantia de um sistema que encontra uma função axiológica-normativa centrada na dignidade humana⁷⁰.

De outro lado, se está em causa a responsabilidade penal de uma pessoa coletiva, os mesmos direitos e garantias processuais penais, que desempenham uma finalidade de proteção da pessoa coletiva, atuam também como garantia de um sistema que encontra uma função axiológica-normativa centrada, por exemplo, na livre iniciativa económica e

⁶⁹ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 264.

⁷⁰ No ponto, no que se refere à proteção da pessoa singular, Heloisa de Carvalho esclarece que “o aspecto particular mais sólido da dignidade humana que enseja a existência do direito à não autoincriminação é a integridade mental e moral, que é violada ao ser o indivíduo colocado frente a possíveis disjuntivas desagradáveis, que formam o chamado “trilema”, constituídas da possibilidade de dar origem a consequências negativas, seja por optar manter-se em silêncio ou declarar e, neste caso, por se autoincriminar ou por mentir. Isso transgride a natureza humana, que tem dificuldade de admitir as próprias falhas e assumir as consequências daí advindas”. CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 731-765, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134>

de mercado⁷¹, em que as pessoas coletivas são atores de papel relevante no desenvolvimento económico e social do Estado⁷².

Assim, a titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas, em uma ordem jurídica que a elas atribui responsabilidade penal, cumpre com as funções teleológicas constitucionais desse sistema ao garantir o respeito aos valores expressos na Constituição. Isso porque, é de se lembrar, a titularidade desse direito pelas pessoas coletivas desempenha um papel importante de defesa contra interferências, violações e lesões indevidas na sua esfera jurídica, seja perante o próprio Estado, seja perante terceiros⁷³.

3. O ALCANCE DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELAS PESSOAS COLETIVAS

Tendo sido estabelecida a responsabilidade penal da pessoa coletiva no ordenamento jurídico, sua condição de sujeito processual garante os vetores fundamentais consistentes no direito de defesa e presunção de inocência decorrentes da garantia de um processo penal com determinada estruturação, o que significa dizer que a pessoa coletiva goza do direito à prestação de declarações, sem que o silêncio a possa desfavorecer, assim como do direito de recusar a prestar informações e entregar meios de prova como, por exemplo, documentos⁷⁴.

Porém, reconhecer a titularidade do direito à não autoincriminação por certo não significa dizer que seu alcance será coincidente, nos exatos termos, ao das pessoas singulares, mas sim que é necessária, em alguma medida, uma modulação⁷⁵. O âmbito de proteção do direito deve

⁷¹ Valores que, por exemplo, são expressamente emanados na Constituição portuguesa nos artigos 61.º, n.º 1; artigo 80, alínea c; artigo 82.º, n.º 3 e artigo 86.º.

⁷² Além de, em sendo o caso, garantia de direitos como a liberdade de associação ou mesmo a liberdade de religião.

⁷³ Vide nota 6.

⁷⁴ ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 63.

⁷⁵ FANEGO, Coral Arangüena. *Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales*. In: SALGADO, Cristina Alonso; MANZANARES, Raquel Castillejo (Orgs.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. [s.l.: s.n.], 2019, p. 780.

ser o necessário para garantir que a pessoa coletiva possa se defender, de acordo com as peculiaridades que sua natureza impõe⁷⁶.

Como Gascón Inchausti bem delimita, cabe considerar como amparadas pelo direito à não autoincriminação as seguintes condutas: i) a negativa pela pessoa coletiva, enquanto tal, a fornecer a informação e documentos que lhe sejam requisitadas e que tenham caráter incriminatório; ii) a negativa de determinadas pessoas singulares vinculadas à pessoa coletiva a fornecer essa mesma informação e documentação; iii) a negativa de determinadas pessoas singulares vinculadas à pessoa coletiva a responder perguntas de conteúdo incriminatório para aquela⁷⁷.

Ocorre que há particularidades nessas circunstâncias relativas às pessoas coletivas que demandam especial atenção, a iniciar pelo fato de que há uma dissociação entre a pessoa que padece o risco da autoincriminação e a pessoa que efetivamente presta as declarações. Além disso, no que se refere a requerimentos documentais, há especificidades das pessoas coletivas por nelas recaírem verdadeiros deveres de colaboração em determinados contextos regulatórios, de fiscalização e supervisão.

Disso tudo, como visto, não decorre a negativa de titularidade do direito à não autoincriminação, mas sim uma análise e modulação que viabilize a aplicação dos direitos processuais pela pessoa coletiva como sujeito processual e o cumprimento das finalidades desses direitos de acordo com os vetores constitucionais⁷⁸.

Diante disso, no que se refere às declarações orais, o direito ao silêncio deve trasladar ao representante especialmente designado e formalizado, que poderá usufruir do direito de não incriminar a pessoa coletiva em nome da qual declara. Nesse caso, a pessoa coletiva somente

⁷⁶ Também nesse sentido, NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 263 e ss.

⁷⁷ INCHAUSTI, Fernando Gascón. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 29, n. 1, p. 91–126, 2019, p. 112–113.

⁷⁸ As soluções para essas questões, em maior ou menor medida, também dependem dos modelos de responsabilidade penal das pessoas coletivas adotados pelas determinadas ordens jurídicas, o que converge a um desafio ainda maior para o esgotamento do tema, sobretudo em apertado artigo.

pode exercer seus direitos efetivamente por meio de uma pessoa singular especialmente designada para tal⁷⁹. Os cuidados necessários para garantir o exercício do direito neste caso reside em assegurar a impossibilidade de ser testemunha no processo a mesma pessoa designada como representante⁸⁰, de modo que sua atuação processual tem lugar somente como representante da pessoa coletiva⁸¹.

Problema maior reside em saber se o direito deve se estender a outros integrantes da pessoa coletiva como, por exemplo, administradores de fato ou de direito, diretores, demais representantes ou mesmo os empregados, enfim, aquelas pessoas singulares vinculadas ou relacionadas de alguma maneira com a pessoa coletiva e que não sejam parte do processo, mas cujo testemunho possa ser relevante. Ou seja, se a proteção outorgada ao representante especial e formalmente designado é suficiente ou se é necessário estendê-la a outros sujeitos. Trata-se de encontrar um justo equilíbrio em que se garante o efetivo exercício do direito à não autoincriminação pela pessoa coletiva sem que se amplie de forma demasiada a impedir a investigação, processamento e julgamento de fatos delitivos⁸².

Esse problema não encontra solução na doutrina. As propostas passam de soluções de maior restrição ao direito, que se restringiria somente ao representante especialmente designado (o que, para alguns, pode esvaziar de conteúdo tal direito), até soluções de maior amplitude em que o direito deve se estender a todos os representantes ou membros

⁷⁹ CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 19; NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 271–274.

⁸⁰ INCHAUSTI. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse, p. 121.

⁸¹ Com efeito, o Tribunal Supremo espanhol (STS 827/2016, de 3 de novembro) entendeu que não podia ser condenado a título individual o administrador de uma sociedade que no decurso do processo teve sempre exclusivamente a posição de representante da pessoa coletiva. ANTUNES. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, p. 77.

⁸² CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 19 e ss; NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 275 e ss.

dos órgãos diretivos, inclusive abarcando diretores e empregados (o que poderia até mesmo inviabilizar o *jus puniendi*).

A solução proposta por Neira Peña é que o direito à não autoincriminação deveria se limitar ao representante especialmente designado pela pessoa coletiva para atuar em seu nome no processo⁸³. É de se admitir a viabilidade prática dessa solução, mas com um alcance mínimo do direito para as pessoas coletivas.

Por outro lado, pertinente também o apontamento dado por Fermín Casi, no sentido de que para aplicar as garantias às pessoas coletivas de maneira adequada, seria necessário levar a cabo uma análise da organização para estabelecer de maneira objetiva quem poderia exercer o direito, levando em consideração os aspetos de funcionamento que estão diretamente relacionados aos fatos criminais atribuídos e, assim, delimitar objetivamente quais setores seriam alcançados pelo direito⁸⁴.

Assim, dever-se-ia analisar concretamente qual o domínio de atuação e responsabilidade do sujeito no âmbito da pessoa coletiva e se esse domínio e responsabilidade estão direta e concretamente relacionados com os fatos atribuídos à pessoa coletiva. É de se admitir, no entanto, que referida solução encontra maiores dificuldades práticas, além de tender a um maior alargamento de alcance no topo da direção da pessoa coletiva, mas tem a virtude de estar mais próxima de um meio-termo entre uma extensão muito ampla a qualquer pessoa vinculada à pessoa coletiva e um alcance mínimo limitado somente ao representante designado, que é mais vulnerável a burlas contra a efetividade do direito à não autoincriminação.

A questão que tem mais ocupado a doutrina e mesmo a jurisprudência diz respeito ao alcance do direito à não autoincriminação relativamente à documentação da pessoa coletiva. Nos casos em que o processo penal já tenha sido iniciado, ou mesmo nos casos de investigações prévias na iminência da pessoa coletiva ser constituída arguida, ela

⁸³ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 280 e ss.

⁸⁴ CASI. *Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?*, p. 22.

pode legitimamente negar-se diretamente a apresentar os documentos ou informações que lhe sejam requeridos⁸⁵.

Evidente que, tratando-se de documentação relativa à pessoa coletiva, somente teria legitimidade o requerimento, por parte das autoridades, dirigido ao representante designado da pessoa coletiva. Em outros termos, não podem as autoridades de persecução penal intentar burlar o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva requisitando a apresentação de documentos pertinentes diretamente a qualquer empregado ou mesmo dirigente da empresa.

Questão que implica maiores divergências recai nas situações em que pessoas singulares que possuem algum vínculo com a pessoa coletiva (empregados, diretivos etc.) fornecem voluntariamente a documentação às autoridades. No ponto, poderia se sustentar que a informação foi adquirida de forma ilícita para o processo penal. Nesse caso, a conduta da pessoa singular privaria a pessoa coletiva do seu direito de decidir ou não sobre a apresentação de documentos próprios e, assim, exercer seu legítimo direito à não autoincriminação⁸⁶.

Para Neira Peña, se um trabalhador tem acesso legítimo à documentação da pessoa coletiva e decide, voluntariamente, apresentá-la ao processo ou às autoridades, essa informação então seria válida para o juízo, já que o direito à não autoincriminação busca neutralizar o risco de abusos do poder público, intentando que se abstenha de forçar a colaboração do acusado por meio de medidas coercitivas ilegítimas, risco que somente existe quando a colaboração se produz após um requerimento prévio do Estado, de forma não espontânea. Admitir o contrário obrigaria aos membros da pessoa coletiva a ocultar delitos corporativos e a não colaborar com a justiça⁸⁷.

Contudo, é necessário ter em conta, no caso do argumento anterior, que essa espontaneidade por parte da pessoa singular em entregar

⁸⁵ INCHAUSTI. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse, p. 114.

⁸⁶ Assim, *Ibid.*, p. 115.

⁸⁷ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 299–300.

voluntariamente a documentação deve ficar evidenciada de forma indene de dúvidas. Assim, se ficar demonstrado que houve algum contato prévio por parte das autoridades com a pessoa singular, a informação obtida não pode ser considerada obtida de forma verdadeiramente voluntária.

Ponto crítico da discussão reside na utilização em processo penal de informações obtidas em procedimentos administrativos prévios, que já há algum tempo é objeto de maiores discussões na doutrina e jurisprudência.

A discussão decorre dos inúmeros deveres de colaboração que recaem sobre as pessoas coletivas nos “regimes regulatórios” orientados à regulação ou organização, que demandam a colaboração das próprias pessoas fiscalizadas para garantir, por exemplo, a obtenção de receitas no âmbito fiscal, a defesa da concorrência, proteção de garantias sociais mínimas, o bom funcionamento do mercado e da economia, entre tantos outros⁸⁸.

No entanto, como alerta Sandra Oliveira e Silva, durante o exercício de regulação e supervisão, as entidades reguladoras frequentemente se deparam com potenciais ilícitos, tanto de natureza contraordenacional quanto criminal. Por essa razão, é comum que essas entidades reguladoras e de supervisão também possuam competências sancionatórias ou para conduzir investigações preliminares e instruir processos contraordenacionais⁸⁹. Resulta problemática, assim, a utilização posterior no processo penal de documentos obtidos nesses procedimentos prévios.

Como visto anteriormente, para o TJUE, no âmbito de direito de concorrência sancionador, as pessoas coletivas têm direito à não autoincriminação frente a uma pretensão das autoridades de persecução por respostas a perguntas que impliquem admitir a existência de uma infração, mas podem ser obrigadas a fornecer informações necessárias e a comunicar os documentos correspondentes que possuam⁹⁰.

O TEDH aceita a imposição do dever de colaboração a entidades reguladas em contextos regulatórios e de supervisão, desde que

⁸⁸ SILVA, Sandra Oliveira e. Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros. *Julgar*, v. 38, 2019, p. 139.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 140.

⁹⁰ Vide notas 50 a 54.

os documentos não sejam utilizados em processo penal⁹¹. Para evitar a impunidade, preservar as obrigações documentais impostas pela lei e garantir a efetividade do direito à não autoincriminação, é necessário que a medida coercitiva vise a obtenção de documentos ou fontes de prova cuja existência dependa da vontade da pessoa arguida. Documentos que tenham uma existência independente de sua vontade ficariam fora do âmbito de proteção desse direito. Dessa forma, a proteção se estenderia apenas a solicitações coercitivas de informações após a ocorrência do delito e a outros documentos cuja existência não seja absolutamente certa⁹².

É de se reiterar, também, que o Tribunal Constitucional português entendeu que viola o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva a utilização em processo penal da prova obtida em inspeção tributária realizada à pessoa contribuinte arguida, sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária, em momento em que já decorria o inquérito correspondente, inconstitucionalidade essa que não ocorre nos casos de documentação obtida em inspeção tributária iniciada antes da instauração do processo penal⁹³.

O dever de se submeter a certos controles ou de exhibir determinados documentos nem sempre viola o direito à não autoincriminação, nomeadamente aqueles que existem de forma prévia e independente da vontade da pessoa arguida, particularmente em razão de uma obrigação legal. O que não se mostra devido é um dever genérico de colaborar e de fornecer informações e documentos sem um qualquer critério concreto e teleológico fundamentado um sistema jurídico⁹⁴. Além disso, o que deve ser determinante como ponto de partida para uma possível solução a esse problema não é estabelecer um critério temporal situacional, mas sim ter em consideração a *ratio* e a essência das informações em causa.

Assim, tratando-se de documentos cuja confeção, armazenamento e disponibilidade às entidades regulatórias decorre obrigatoriamente ex

⁹¹ Vide notas 57 a 62.

⁹² CASI. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?, p. 32.

⁹³ Acórdão n.º 298/2019. Sobre o acórdão, ANTUNES, *Processo penal e pessoa coletiva arguida*, 53-54,61-62 e 67-68.

⁹⁴ NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 291.

lege e aos quais a pessoa coletiva necessariamente tem de se atentar para o exercício de suas atividades, sua natureza coativa *ex ante* não impediria uma valoração em processo penal, se as informações foram obtidas previamente no exercício de supervisão e fiscalização. No entanto, se não existir uma obrigação legal prévia de documentar e arquivar uma determinada informação, sua exigência sob a ameaça de procedimentos sancionatórios, evidencia um caráter incriminatório da documentação, de modo a constituir uma prova ilícita⁹⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das dissidências quanto ao seu alcance, certo é que as pessoas coletivas são titulares do direito à não autoincriminação em processo penal, que deve abranger tanto as declarações quanto documentos das pessoas coletivas. O que se impõe, na quadra atual do tendente desenvolvimento da responsabilidade penal das pessoas coletivas no cenário global, é um maior amadurecimento das normas processuais que permitam o exercício adequado do direito, assim como um maior amadurecimento da jurisprudência que possa delinear uma melhor segurança jurídica nessa questão, nomeadamente nas questões que permanecem em aberto quanto ao verdadeiro exercício do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da SILVA. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, Manuel Da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 57, n. 1, p. 385–451, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 2ª. Coimbra: Gestlegal, 2022.

⁹⁵ Em sentido semelhante, com maiores desenvolvimentos, SILVA. Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros, p. 147 e ss; Também, NEIRA PEÑA. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, p. 291 e ss.

ANDRADE, Tiago da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 8, n. 31, 2017. Disponível em: <<https://www.concorrenca.pt/pt/revista/revista-da-concorrenca-e-regulacao-31>>. Acesso em: 15 maio 2023.

ANTUNES, Maria João. A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida. *Julgar*, 2019.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2023.

ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 11. reimpr. u. 14 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. (Manuais universitários).

CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 731-765, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134>

CASI, Fermín Echarri. Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad? *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, v. 1, 2023. Disponível em: <<https://www.redepec.com/derecho-a-la-no-autoincriminacion-de-las-personas-juridicas-ficcion-o-realidad/>>. Acesso em: 18 maio 2023.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Ed, 2009.

FANEGO, Coral Arangüena. Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales. In: SALGADO, Cristina Alonso; MANZANARES, Raquel Castillejo (Orgs.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. [s.l.: s.n.], 2019.

GÓMEZ-MONTORO, Ángel. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 65, 2002. Disponível em: <<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-65-mayoagosto-2002/la-titularidad-de-derechos-fundamentales-por-personas-juridicas-un-intento-de-fundamentacion-2>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

GREENAWALT, R. Kent. Silence as a Moral and Constitutional Right. *William & Mary Law Review*, v. 23, n. 1, 1981. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss1/3/>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse? *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 44, p. 217–263, 2015. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100007>.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n. 1, 2020. Disponível em: <<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22364>>. Acesso em: 29 maio 2023. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22364.

INCHAUSTI, Femando Gascón. Los desafíos del proceso penal frente a personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no autoincriminarse. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 29, n. 1, p. 91–126, 2019.

MACHADO, Jónatas; RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, p. 13–47, 2009.

MARTA, João Santos. Titularidade de direitos humanos pela pessoa coletiva arguida? Em especial a tutela da propriedade e os riscos da sua violação no quadro jurídico-processual penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 31, n. 3, p. 463–488, 2021.

MEYER, Frank. Nemo Tenetur for Natural and Legal Persons in the Light of ECtHR and ECJ. In: DANNECKER, Gerhard; FARKAS, Ákos; JACSÓ, Judit (Orgs.). *External, Internal and Criminal Investigations of Criminal Offences Affecting the Financial Interests of the European Union*. Budapest: Wolters Kluwer Hungary Kft, 2022.

NEIRA PEÑA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

OLIVER, Peter. Companies and their fundamental rights: a comparative perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 3, p. 661–696, 2015. <https://doi.org/10.1017/S0020589315000196>.

SCHNEIDER, Anne. Privilege against Self-Incrimination (Nemo Tenetur). In: *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022. <https://doi.org/10.4337/9781789902990.privilege.self.incrimination>.

SILVA, Sandra Oliveira e. Direito ao silêncio e deveres de colaboração nos processos por delitos económico-financeiros. *Julgar*, v. 38, 2019.

SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*. Coimbra: Almedina, 2018. (Teses).

Authorship information

Pedro Augusto Amaral Dassan. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e pós-graduado em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado criminalista. pedrodassan@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 26/10/2023
 - Desk review and plagiarism check: 20/11/2023
 - Review 1: 08/12/2023
 - Review 2: 02/01/2024
 - Preliminary editorial decision: 01/03/2024
 - Correction round return 1: 10/03/2024
 - Preliminary editorial decision 2: 11/03/2024
 - Correction round return 2: 12/03/2024
 - Final editorial decision: 12/03/2024
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DASSAN, Pedro A. A. A titularidade do direito à não autoincriminação pelas pessoas coletivas em processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e934, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.934>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.