

Os efeitos do compliance no processo penal empresarial

Compliance effects in the corporate criminal procedure

Artur de Brito Gueiros Souza¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre as contribuições que os programas de compliance trazem para o processo penal deduzido contra as pessoas jurídicas, abordando-se temas como o ônus da prova da eficácia do compliance, a presunção de inocência e o direito à não-autoincriminação da pessoa jurídica, bem como o conflito de interesse entre empresa e dirigente acusados pelo mesmo fato.

Palavras-chave: Processo penal – programas de compliance – direitos da empresa – crimes ambientais.

Abstract: The contributions that the compliance programs bring to the criminal procedure against legal entities are discussed, approaching themes such as the burden of proof of the compliance effectiveness, the presumption of innocence and the right to non-self-incrimination of the legal entity, as well as the conflict of interest between the company and the manager accused by the same fact.

Keywords: Criminal procedure – compliance programs – corporate rights – environmental crimes.

1. Introdução

Conforme a conhecida observação de Juan-Luis Gómez Colomer, é difícil encontrar um país economicamente relevante no qual se possa afirmar, taxativamente, que não possua alguma

¹ Professor Titular de Direito Penal da UERJ; Coordenador do CPJM; Procurador Regional da República.

previsão de responsabilidade especial das pessoas jurídicas, nos casos em que se produzam certos fatos socialmente desvaliosos.¹

Isso porque, a realidade evidencia que, por um lado, se cometem muitos delitos por pessoas físicas que beneficiam as pessoas jurídicas, e que, por outro, determinadas formas delitivas do mundo moderno – como são os casos da criminalidade organizada, da corrupção ou das infrações contra o meio ambiente –, são cometidas quase sempre por intermédio ou com o auxílio dos entes coletivos.²

Depreende-se, ainda, dessa assertiva, que a política criminal favorável – ou desfavorável – à existência da responsabilidade penal das corporações não decorreria de razões estritamente jurídicas, mas, sim, de uma “crua realidade” ou, talvez, de “fatores puramente pragmáticos”. Aceita-se a imputação criminal aos entes coletivos – ainda que a custa dos adeptos de uma tradicional dogmática penal – porque, em muitos casos, o fato cometido, para o qual a lei indubitavelmente puniria se o seu autor fosse uma pessoa natural, poderia quedar-se impune no caso da pessoa jurídica, quando não for possível identificar o indivíduo que agiu internamente.³

Demais disso – prosseguindo no raciocínio de Gómez Colomer –, o pragmatismo da punição da pessoa jurídica também se assenta em razões de justiça material; por velar pela proteção efetiva das vítimas da lesão empresarial. Nessa hipótese, sem a previsão de sanção para a pessoa jurídica, “muitas vítimas poderiam ficar no mais absoluto desamparo.”⁴

Em razão dessas considerações, pretende-se discorrer, neste ensaio científico, sobre os efeitos que os programas de compliance geram ou podem gerar no processo penal instaurado contra a pessoa jurídica. Na mesma medida, pretende-se, brevemente, abordar os princípios e os direitos fundamentais que aos entes empresariais devem ser assegurados nas investigações externas, vale dizer, nos procedimentos conduzidos pelas autoridades públicas persecutórias: Polícia e Ministério Público.⁵

¹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance Programs)*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. _____ (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 28.

² *Idem*, p. 31.

³ *Idem*, p. 31-32.

⁴ *Idem*, pp. 31-32.

⁵ Cumpre registrar que a temática das *investigações internas* – ou o oxímoro *processo penal privatizado* – transcende aos objetivos deste estudo, já tendo sido, incidentalmente, analisada em outro trabalho monográfico: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: LiberArs, 2023, pp. 244-248. Vide, ainda: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MIRANDA, Matheus Alencar de. *Compliance e investigações*

A propósito, Juan Carlos Ferré Olivé leciona que a nova dogmática em construção a respeito do processo penal da empresa pressupõe que a eventual procedência da pretensão deduzida em juízo importe na aplicação de uma “autêntica” pena. Por esse motivo, Ferré Olivé defende que as garantias processuais – constitucionalmente consagradas para as pessoas físicas – devam também ser transpostas para a pessoa jurídica investigada, acusada ou condenada, com as devidas adaptações às suas particulares características.⁶

No curso dessas mesmas ideias, bem sentencia Coral Arangüena Fanego:

“O direito que a pessoa jurídica ostenta como parte passiva vai até onde for preciso para suportar a dinâmica do processo e as garantias do contraditório e da defesa. Sua origem e razão de ser não estão ínsitas em sua personalidade jurídica, mas na garantia de um processo penal justo.”⁷

Dito isso, o texto que o leitor tem em mãos desdobra-se nas seguintes partes: estágio evolutivo do processo penal empresarial; efeitos do compliance no processo penal; a questão do ônus probatório do compliance (eficaz); os princípios do processo penal da pessoa jurídica; e compliance e o processo penal empresarial no Brasil.

Encerrando esse introito, é de todo conveniente sublinhar a importância dessa discussão nos dias atuais.

Não bastassem os argumentos adiantados acima, é de conhecimento geral que o direito formal e o direito material encontram-se umbilicalmente ligados, visto que este somente se materializa através daquele. Consoante lecionado por José Frederico Marques, o direito de punir é um direito de coação indireta, que somente se realiza por intermédio de atividade complementar consistente na obtenção do pronunciamento jurisdicional sobre a legitimidade de seu exercício pelo Estado-administração.⁸

2. Estágio evolutivo do processo penal empresarial

internas. In Direito Penal Econômico. Temas contemporâneos. PEDROSO, Fernando Gentil et al. (Org.). Londrina: Thoth Ed., 2023, pp. 313-328.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance. In Revista Científica do CPJM. Vol. 1. N. 2, 2021, pp. 222 e segs.*

⁷ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 441.*

⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal. Vol. III. Campinas: Millennium, 1999, p. 405*

Em que pesem as ponderações trazidas à baila, fato é que o assim chamado Direito Processual Penal Empresarial não possuiria o mesmo status científico já alcançado pelo Direito Penal Empresarial.

Nesse sentido, observa Fauzi Hassan Choukr que o movimento de expansão do Direito Penal na atividade econômico-empresarial, com a adesão frequente de ordenamentos nacionais a esse modelo de punição, não teria sido acompanhado de uma ampliação do debate no campo do processual penal. Na verdade, o processo referente a apuração dos fatos imputados à pessoa jurídica ocuparia, tradicionalmente, um “espaço inferior” no debate acadêmico em relação ao reconhecimento da responsabilização dos entes morais, deixando-se em aberto discussões sobre especificidades de técnica processual, presentes em todas as fases da persecução criminal.⁹

Pode-se conjecturar que o descompasso entre os aspectos material e formal da atribuição de responsabilidade às pessoas jurídicas decorreria – ao menos em alguns ordenamento jurídicos, como o nosso – da pouca, quando não da completa ausência da produção legislativa nesta temática. Com efeito, denunciando a lacuna ou deficiência de normas processuais penais, apresentam-se, dentre outros, os seguintes doutrinadores: o próprio Fauzi Hassan Choukr;¹⁰ Juan Carlos Ferré Olivé;¹¹ Maria João Antunes;¹² e Hugo Luz dos Santos.¹³ Este último chega mesmo a adjetivar como uma “evidência borbulhante” a deficiência legislativa no tocante às regras específicas para a apuração de responsabilidade das pessoas coletivas na generalidade dos países.¹⁴

Todavia, essa crítica teria arrefecido, não somente no Direito espanhol – com as *Leys* 37/2011, 5/2015, 13/2015 e 41/2015, estas últimas derivadas das Diretivas da União Europeia em matéria de garantias processuais penais¹⁵ –, mas, também, no Direito português, em razão

⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *O processo penal no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In Revista Científica do CPJM. Vol. 1. N. 3, 2022, pp. 216-217.

¹⁰ *Idem*, pp. 219 e segs.

¹¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance...*, cit., pp. 216 e segs.

¹² ANTUNES, Maria João. *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 10 e segs. No entender da Autora, “o legislador não pode deixar uma área problemática tão extensa e tão densificada de conflitualidade, pura e simplesmente abandonada às forças da doutrina e da jurisprudência.” (*Idem*, p. 18).

¹³ SANTOS, Hugo Luz. *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*. Braga: Nova Causa, 2021, pp. 26 e segs. Para o Autor, a ausência de normas de processo penal sujeita a pessoa jurídica arguida “ao livre alvedrio do (e ao livre arbítrio do sugestivamente caprichoso?) juiz ocasional: onde não há (robusta) regulação, há (desoladora) flutuação.” (*Idem*, p. 27).

¹⁴ Essa deficiência acarretaria – no entender de Hugo Luz dos Santos –, a necessidade do Tribunal Constitucional reconhecer a inconstitucionalidade por omissão do legislador, ante a violação do princípio da proibição da insuficiência (*Untermaßverbot*) das garantias da pessoa coletiva processada criminalmente (*Idem*, pp. 33 e segs).

¹⁵ Cf. ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio...*, cit., pp. 439-440.

da promulgação da Reforma Legislativa de 21/12/2021, que, ao entrar em vigor, promoveu profundas alterações na sua legislação penal e processual penal. Dentre tais inovações portuguesas, destacam-se a aprovação das medidas contidas na *Estratégia Nacional Anticorrupção*, que deu grande destaque ao compliance nos setores público e privado, e à concreta efetivação da responsabilidade criminal da pessoa coletiva.¹⁶

Bem por isso, em entrevista à Revista Científica do CPJM, Mário Monte – catedrático de Direito Penal da Universidade do Minho –, ao ser indagado acerca de uma suposta “timidez” normativa para a regulação do processo penal das pessoas coletivas, assim se pronunciou:

“A partir de certo momento, por volta dos anos 80 do século passado, tornou-se claro que o princípio *societas delinquere non potest* não se podia manter intocado. Em Portugal, como em outros países, adoptou-se a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, através do que se designou o ‘critério analógico’, por referência às pessoas singulares. Isso sucedeu em alguma legislação especial. Só no século XXI é que se assumiu essa via no Código Penal português. *E só muito recentemente se procedeu à regulamentação processual de algumas questões. Quer isto dizer que durante muito tempo se conviveu com a responsabilidade penal das pessoas colectivas sem uma adequada regulamentação processual. É verdade. Mas recentemente o problema foi mitigado através da Lei 94/2021, de 21 de dezembro (que alterou o Código de Processo Penal português, sobretudo os artigos 57.º e seguintes). É provável que no futuro venhamos a ter mais desenvolvimentos. O direito está sempre em evolução. É a dinâmica da vida a impor essa evolução. Aqui também tem sido assim.*”¹⁷

Se, nas terras ibéricas, em razão das sobreditas reformas legislativas, essas lacunas normativas foram, ao menos em parte, mitigadas, o mesmo não pode ser dito nas terras brasileiras. Ao contrário, há muito o que evoluir no País para que se possa atingir um grau de segurança e estabilidade propícia ao desenvolvimento do nativo Direito Processual Penal Empresarial.

Por conta disso, Fauzi Choukr – juntamente com outros juristas –, ofereceu ao Congresso Nacional uma instigante proposta de alteração do Projeto de Código de Processo

¹⁶ GOVERNO DE PORTUGAL. *Consolidação da Estratégia Nacional Anticorrupção*. Resolução do Conselho de Ministros n. 37/2021. In Diário da República, 1ª série. N. 66, de 6 de abril de 2021. Disponível em <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2021/04/Portugal-Estrategia-Nacional-Anticorruptao-nova-publicacao.pdf>.

¹⁷ MONTE, Mário Ferreira. *Direito Penal da Globalização: As estratégias de compliance, o confisco de vantagens condenação e os aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa coletiva*. Entrevista. In Revista Científica do CPJM. Vol. 2. N. 5, 2022, pp. 308-309. (grifou-se).

Penal (PL n. 8.045/2010), com sugestões de disposições aditivas ao processo penal da pessoa jurídica.¹⁸

3. Efeitos do compliance no processo penal em geral

De chofre, a responsabilidade penal do ente moral pode ser encontrada, sem muita dificuldade, em muitas paragens do planeta.

Desta feita, já não se discute o *se* punir, mas o *como* punir a pessoa jurídica. Nessa arena de discussão, o que se vê é a reflexão acerca do melhor modelo de imputação penal, consoante as conveniências de um determinado ordenamento jurídico.¹⁹ Por esta vertente, assinala-se o vínculo existente entre processo penal e as formas de imputação penal ao ente moral, bem como os efeitos eximentes ou atenuantes de um programa de conformidade. Todo esse conjunto axiológico é carregado para o procedimento instaurado contra o ente moral. Como bem anotado por Maria João Antunes:

“Temos para nós que a opção por determinado modelo de imputação da responsabilidade penal às pessoas colectivas 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 colectiva arguida e no processo penal em geral.”²⁰

Nesse passo, levando-se em conta que o sistema de imputação penal ao ente coletivo está conectado com a implantação ou a eficácia dos programas de conformidade, tem-se que compliance, responsabilidade penal da pessoa jurídica e processo penal são institutos intrinsecamente relacionados – caminham “ombreados” para o mesmo desiderato.

Sendo assim, a verificação, no processo penal, da inexistência de um programa de conformidade ou, ainda, a prova de que o compliance cumpriu uma função meramente “cosmética” – um compliance *Aldeia Potemkin* – pode conduzir (1) a comprovação do elemento constitutivo do tipo do delito imputado à empresa, ou (2) a comprovação da culpabilidade da pessoa jurídica, seja pela certeza do defeito de organização ou do ato de conexão praticado por uma pessoa física em benefício do ente moral, agindo ou se omitindo em seu nome ou benefício.

¹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *O processo penal...*, cit., pp. 223 e segs. Releva salientar que nesse artigo científico, publicado no Vol. 1, N. 3, da R-CPJM, Hassan Choukr apresenta o *inteiro teor* da sua proposta legislativa.

¹⁹ Sobre os modelos da heterorresponsabilização, da autorresponsabilização e os modelos ecléticos, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, cit., pp. 252-262.

²⁰ ANTUNES, Maria João. *Processo Penal...*, cit., p. 11.

Em sentido oposto – ou seja, diante da prova da concreta implantação ou funcionamento de um programa de compliance – esta circunstância processual pode conduzir (1) à plena exoneração da responsabilidade penal da empresa, ou (2) à necessária atenuação da sanção penal pleiteada pelo Ministério Público. De todo modo, em tais hipóteses, haveria o reconhecimento judicial do atendimento dos requisitos estabelecidos para a caracterização de um programa de conformidade, com a incidência de eximentes ou atenuantes de culpabilidade legalmente previstas.²¹

Constata-se, portanto, a relevância do compliance em um sistema processual penal estruturado na responsabilização das pessoas jurídicas. Isso descortina a discussão relativa ao *ônus probatório* do atendimento ou desatendimento dos deveres de supervisão, vigilância e controle inerentes ao cumprimento normativo, a seguir abordada.

Enfim, como bem pontuado por José L. González Cussac, a disciplina penal do compliance apresenta um regime bastante peculiar. A responsabilidade criminal das empresas tem por fundamento a comprovação dos pressupostos dos fatos de conexão. A partir desse ponto, entra em consideração, em um segundo momento, o sistema de eximentes e atenuantes. Esse sistema somente será levado em consideração se a empresa alegar possuir um programa de compliance válido e eficaz. Portanto, deve o julgador avaliar se estão reunidas, no caso concreto, as condições legalmente previstas para a eficácia eximente ou atenuante do compliance.²²

4. A questão do ônus da prova do compliance no processo penal

De acordo com a doutrina de María Isabel González Cano, o que importa ser discutido, no processo penal da pessoa jurídica, é se compete à parte acusadora comprovar a *falta* ou *insuficiência* do programa de compliance ou, ao revés, se compete à defesa o encargo de provar a *implementação* ou *eficácia* desse programa, para – confrontando a acusação – obter a isenção da responsabilidade ou, de todo modo, a atenuação da sua culpabilidade.²³

²¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance...*, cit., pp. 216 e segs.

²² GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 338.

²³ GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 885.

Consoante a lição daquela Doutrinadora, no primeiro caso, a falta de implementação ou eficácia do programa de cumprimento atua como elemento constitutivo do delito imputado à pessoa jurídica. No segundo, a existência e suficiência do programa de cumprimento atua como elemento impeditivo que fundamenta a eximente ou atenuante da sua responsabilidade.²⁴

Saliente-se que a questão do ônus probatório do compliance consiste, na verdade, em um assunto altamente controverso, até porque, no seu âmago, repousa um sutil paradoxo. Se, aprioristicamente, o compliance tivesse funcionado bem, não haveria que falar em querelas processuais – simplesmente, “nada de errado teria acontecido”.

Em uma empresa efetivamente (re)organizada sob a forma de compliance, os seus integrantes realizam condutas em conformidade com o código de ética e com as normativas que disciplinam a evitação dos riscos decorrentes da atividade de exploração econômica. É intuitivo supor que, se há persecução (externa) deflagrada contra o ente moral, é porque “alguma coisa deu errado”, seja porque não havia concretamente um compliance, seja porque, se existindo, ele se revelou deficitário; não funcionou.

Bem por isso, Ferré Olivé chega a considerar como uma “prova diabólica” o ônus da demonstração do compliance no processo penal:

“Por uma parte, deverá a parte demonstrar que a empresa adotou e executou, com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluíram medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir delitos ou para reduzir, de forma significativa, o risco de sua comissão (art. 31, *bis*, 1.2. 1ª, CP Espanhol). Este requisito apresenta graves dificuldades, porque requer que o programa de compliance tenha sido executado *com eficácia*, o que cai em contradição com a própria materialização do fato delitivo. Portanto, é essencial demonstrar que dentro da empresa alguém, trabalhador ou dirigente [diria eu, um *lobo solitário*], violou dolosa ou culposamente o programa de cumprimento.”²⁵

Sobre o assunto, há duas correntes que se digladiam. A primeira, no sentido de que compete à acusação desincumbir-se desse dever processual. Nessa direção, com base no princípio da legalidade processual e no princípio da presunção de inocência da pessoa coletiva arguida, Hugo Luz dos Santos considera que, nos quadros da estrutura acusatória em que se assenta o processo penal, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, infirmar tal presunção processual.²⁶

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance...*, cit., p. 228.

²⁶ SANTOS, Hugo Luz da. *Processo penal da pessoa colectiva...*, cit., pp. 63-64. Segundo Luz Santos, o princípio da legalidade processual, enquanto “irmão gêmeo” do princípio da legalidade penal, deve estar

Consequentemente, ante a ausência de norma específica, aquele Autor sustenta, *de lege ferenda*, que a norma infraconstitucional deve regular a eventual isenção ou atenuação da pena aplicada à pessoa coletiva arguida que haja implantado um programa de compliance eficaz. E isso em razão dos fins a que se destina: assegurar que a pessoa colectiva se movimente no circuito reflexivo da legalidade, evitando a prática de crimes no seio da mesma.²⁷

Filiada a esta orientação encontra-se parte da doutrina e jurisprudência espanhola –como nos dá notícia Ferré Olivé. Com efeito, no famoso julgado da *Sala Segunda del Tribunal Supremo*, datado de 29 de fevereiro de 2016 (*STS 154/2016*), por uma estreita maioria de oito votos a favor e sete contra, prevaleceu a tese de que a prova da inexistência ou insuficiência dos mecanismos de controle (compliance penal) deve ser deduzida pelo Ministério Público. Isso porque, se a empresa arguida apoia sua defesa na real existência de modelos de prevenção adequados, reveladores da “cultura de cumprimento”, é a acusação que se vê logicamente obrigada a afirmar a inexistência de tais controles, no escopo de reunir os requisitos fáticos necessários a comprovar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica.²⁸

A corrente em sentido oposto sustenta que, na verdade, a prova da implementação efetiva de um programa de compliance – por se tratar de uma circunstância eximente ou atenuante – deve recair sobre a parte que a alega. Dizendo as coisas com outras palavras: no processo penal, as circunstâncias eximentes ou atenuantes devem ser provadas por quem venha as alegar, tal como ocorre no caso da responsabilização penal de uma pessoa física.²⁹

Sendo assim, conforme sublinhado por María Isabel González Cano, no processo penal não se pode tratar o ônus da prova como um mero “jogo” entre as partes litigantes. Todavia, isso não impede dizer que existe – sim! – o ônus da prova quando se venha a alegar fatos impeditivos ou extintivos de direitos, de forma que, caso se alegue uma excludente da

associado às exigências de um processo equitativo “amigo” dos direitos do arguido. Por sua vez, o *princípio da dignidade funcional da pessoa coletiva* decorre da impossibilidade natural de lhe ser aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP). Consequentemente, a “dignidade funcional” é extraída de lugares paralelos na Constituição, a saber: do direito à livre iniciativa econômica (art. 61º, n. 1, da CRP) e do direito à propriedade privada (art. 62º, da CRP). (*Idem*, p. 50).

²⁷ *Idem*, p. 64.

²⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance...*, cit., p. 221.

²⁹ FARALDO CABANA, Patrícia. *Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 165-166.

antijuridicidade ou uma exculpante – ou qualquer outro motivo que atenua a responsabilidade dos fatos deduzido em juízo –, é a defesa quem deve suportar o ônus da prova.³⁰

Na mesma direção – e na “contramão” dos votos vencedores daquele julgado do Tribunal Supremo –, a Circular 1/2016 da *Fiscalía General del Estado* (CFGE 1/2016) também considera que compete à pessoa jurídica acusada comprovar que seus modelos de organização e gestão cumpriram as condições e requisitos legais, e que são eficazes na função de prevenção delitiva. Nestes termos, para o Ministério Público espanhol, a falta ou deficiência de um programa de conformidade não é um elemento objetivo a ser necessariamente comprovado pela acusação.³¹

Por conseguinte, na esteira dos votos vencidos do *STS 154/2016*, a *Fiscalía* sustenta que a existência e implementação efetiva do programa de cumprimento não são elementares do tipo objetivo, mas, sim, circunstâncias eximentes que podem excluir o juízo de exprobação. Portanto, cabe à pessoa jurídica alegar a sua ocorrência, apresentando uma base racional para que possa surtir os efeitos desejados. Em suma, *não é exigível impor à acusação a comprovação do fato negativo de sua não ocorrência, quer dizer, a falta de um programa de cumprimento eficiente, uma vez que isso pressuporia um modelo probatório excepcional e privilegiado para as pessoas jurídicas, e que careceria de justificação.*³²

Igualmente com base nos votos vencidos do *STS 154/2016*, Arangüena Fanego assinala que entender que é função da acusação comprovar a inexistência de instrumentos adequados de prevenção do delito seria uma escolha errônea, pois implicaria em se afastar das regras gerais de distribuição do ônus da prova. Para além das dificuldades práticas, é de se observar que é a

³⁰ GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. *La prueba sobre la infracción de los deberes...*, cit., pp. 888-889.

³¹ *Idem*, p. 887. Prossegue a CFGE 1/2016: “Se a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos delitos cometidos por seus representantes, ou subordinados, com determinados pressupostos, se fundamenta, no plano culpabilístico, em permitir ou favorecer sua comissão ao elidir a adoção das medidas de prevenção adequadas, a comprovação da adoção dessas medidas deve acarretar, como consequência, a exclusão da sua responsabilidade penal. Contudo, *não vemos nenhuma razão que justifique alterar as regras probatórias aplicáveis em caráter geral para a avaliação das circunstâncias eximentes, impondo à acusação a comprovação do fato negativo da sua não existência.* Não procede conceder à pessoa jurídica um modelo privilegiado de exceção em matéria probatória, conferindo à acusação a prova de fatos negativos. Na verdade, compete à pessoa jurídica alegar a sua ocorrência, apresentando uma base racional para que possa ser constatada.” (FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, pp. 28-29. Disponível em https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf).

³² *Idem*, pp. 29-30. (grifos do original).

empresa acusada que tem “em mãos” o instrumento preciso para fazer prova da eximente ou atenuante: *o seu programa de compliance*.³³

Sendo assim – prossegue Arangüena Fanego –, está em poder da empresa a informação acerca da existência e de atualizações do dito programa; quem foi nomeado oficial de compliance; porque essa pessoa foi nomeada para essa função; com quais critérios e recursos ela trabalhou; quem estava encarregado de fazer ou evitar a realização de determinada tarefa etc. Em resumo, “resulta artificial transferir para a acusação o encargo de provar algo que se encontra facilmente à disposição da pessoa jurídica.”³⁴

Registre-se, ainda, a existência de posições intermediárias nessa refrega, como a sugerida por González Cano.

Segundo esta Autora, se o fato delituoso tiver sido praticado por um *dirigente*, agindo de forma individual ou como integrante do órgão de cúpula da pessoa jurídica – alguém identificado como “cabeça” ou “cérebro” da corporação –, é de se entender que o Ministério Público só deva provar a ocorrência da ação ou omissão levada a cabo em nome ou em benefício da entidade, sem necessidade de ter que provar a inexistência ou deficiência do programa de compliance. A prova do bom funcionamento, nesse caso, é toda da empresa processada criminalmente.³⁵

Por outro lado, se o responsável pelo fato tiver sido um *empregado* ou um *preposto*, agindo ou se omitindo ao arrepio das normativas de conformidade da companhia, isso implicaria em que o ônus da prova acerca da falta de supervisão e controle – isto é, do mal funcionamento do compliance –, deva recair sobre a parte acusadora, haja vista a incidência do princípio da presunção de inocência, princípio do qual a pessoa jurídica, assim como a pessoa física, é merecedora no processo penal.³⁶

5. Princípios do processo penal da pessoa jurídica

Considerando a realidade exposta nos itens anteriores, Arangüena Fanego questiona se a pessoa jurídica, como parte passiva do processo penal, goza dos mesmos princípios e garantias que as Constituições e as Leis reconhecem ao investigado ou ao acusado pessoa física. No

³³ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio...*, cit., p. 456. (grifou-se).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. *La prueba sobre la infracción de los deberes...*, cit., pp. 890-892.

³⁶ *Ibidem*.

entender da Autora, a resposta seria clara: a princípio, enquanto investigadas ou acusadas em um processo, pessoa jurídica e pessoa física são equiparáveis para todos os fins e efeitos garantísticos. Todavia, é de se ponderar se resulta possível e/ou conveniente trasladar, “em bloco” e de forma “mimética e acrítica”, para a pessoa jurídica todo o estatuto jurídico-processual conferido à pessoa física imputada.³⁷

De maneira semelhante, Juan Carlos Ferré Olivé considera que há vários aspectos processuais que podem sofrer modificações ou alterações quando se tratar de uma empresa no banco dos réus. Há, ainda, aspectos de difícil resolução, como o possível *conflicto de intereses* entre a empresa e seus dirigentes, quando igualmente denunciados pelo Ministério Público.³⁸

5.1 O direito à ampla defesa da pessoa jurídica

Segundo Víctor Moreno Catena, a defesa processual penal é o principal fator de legitimação do *ius puniendi* do Estado, isto é, do poder estatal de coação. Para esse Autor, isso pressupõe dotar o acusado – pessoa física ou pessoa jurídica – dos meios jurídicos suficientes para poder contra-arrestar a acusação em um marco de igualdade entre as partes e de respeito ao contraditório durante o processo. Do contrário – prossegue Moreno Catena –, a não observância desse direito faz com que a resolução judicial condenatória seja considerada carente de sustentação jurídico-constitucional, convertendo-se em um ato de arbitrariedade.³⁹

De acordo, ainda, com Moreno Catena, dentre as possíveis violações ao direito de defesa da pessoa jurídica, merece atenção especial a questão da idoneidade do seu representante processual, sobretudo quando se encontra em causa não somente o *presente*, mas, também, o *futuro* da pessoa jurídica.⁴⁰

Efetivamente, deve-se entender que a garantia da ampla defesa da pessoa jurídica pode ser prejudicada diante do precitado *conflicto de intereses* que pode surgir entre ela e seus dirigentes. Sendo assim, quando da designação do representante legal da pessoa jurídica no

³⁷ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio...*, cit., p. 441.

³⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance...*, cit., p. 222 e segs. Esse problema foi também analisado por John Coffee Jr., no contexto no *Common Law: COFFEE JR., John. Corporate Crime and Punishment. The crisis of underenforcement*. Oakland: Berrett-Koheler Publishers, 2020, p. 123.

³⁹ MORENO CATENA, Víctor. *El derecho de defensa de las personas jurídicas*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 1015.

⁴⁰ *Idem*, p. 1025.

processo penal, pode ocorrer um “rebaixamento” do direito de defesa da entidade arguida. Esse problema foi também detectado e analisado no já mencionado *STS 154/2016*.

De fato, naquela ocasião, o Tribunal Supremo da Espanha decidiu que é possível ocorrer conflitos de interesses processuais entre aqueles que, a princípio, estariam legalmente legitimados a exercer as funções de representantes processuais (dirigentes e administradores) e os próprios e independentes interesses da pessoa jurídica. E isso, por sua vez, pode também afetar direitos de terceiros, como os trabalhadores, credores, acionistas minoritários etc. Nesse caso, considerando as inúmeras possibilidades negativas para a empresa, que podem adotar – como estratégia de autodefesa –, os dirigentes igualmente processados criminalmente, o *STS 154/2016* alertou para o risco de uma intolerável limitação do exercício do direito de defesa da empresa, quando o representante agir com o único propósito de ocultar a própria responsabilidade, ou quando, ao menos, ele desincentivar o prosseguimento de diligências para averiguar a identidade do autor (pessoa natural) da infração, refletindo-se, inclusive, em prejuízo para as vítimas do delito que não terão satisfeitos seus direitos de indenização.”⁴¹

Com o objetivo de superar essa situação conflitiva, garantindo-se, assim, a *defesa ampla* ao ente moral, Coral Arangüena Fanego apresenta uma sugestão conectada com o Direito Penal da era compliance.⁴²

Segundo a Autora, sobre quem pode/deve ser designado representante processual da pessoa jurídica, conferindo-lhe a devida defesa, e superando o papel de mero “figurante”, é necessário que a escolha recaia sobre uma “pessoa física adequada”. E, nesse sentido, aponta-se como solução mais conveniente que essa designação recaia sobre o oficial ou o chefe do programa de cumprimento (*Chief Compliance Officer*).⁴³

Isso porque – prossegue aquela Doutrinadora –, o oficial de conformidade é o integrante da empresa com melhor conhecimento do programa e, por isso, mais adequado para ostentar a representação da pessoa jurídica na medida em que poderá proporcionar, desde a fase de

⁴¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal, Sección 1.ª, n. 154/2016, de 29 de febrero. Disponível em <https://vlex.es/vid/599579023>. A propósito, Arangüena Fanego observa que o *Tribunal Supremo*, dessa vez na *Sentencia 221/2016*, de 16/03/2016, decidiu que, a despeito do que consta nos dispositivos processuais legais, será a experiência que vai dar os contornos para elidir o risco de colisão de interesses que se materializa em práticas orientadas a camuflar as responsabilidades das pessoas físicas autoras do delito investigado, fazendo-se isso sob o guarda-chuva [*paraguas*] protetor de uma estratégia prejudicial à defesa dos interesses da empresa acusada, em benefício daqueles indivíduos. (ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio...*, cit., p.445).

⁴² *Idem*, pp. 449-450.

⁴³ *Ibidem*.

investigação, os elementos necessários sobre a existência, cumprimento e acerto do programa desenhado, com a finalidade de procurar a “desimputação” da pessoa jurídica e o “arquivamento” do procedimento investigatório.⁴⁴

Discorrendo, igualmente, sobre o direito à ampla defesa, Maria João Antunes sustenta que a representação processual da pessoa jurídica arguida deve ser desempenhada – a princípio – por aquele que for o representante legal ao tempo do ato processual em causa, e não pelo representante legal ao tempo da prática do crime em investigação. Isso porque, uma vez que a defesa da pessoa colectiva arguida é algo distinto da defesa pessoal do então representante legal, aquele papel processual não deve ser exercido pelas pessoas que nela ocupavam uma posição de liderança, e cuja ação ou omissão constituiu o nexo de imputação de responsabilidade criminal à pessoa colectiva.⁴⁵

5.2 Princípio da não-autoincriminação

O direito à não-autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), princípio constitucional também consagrado no Brasil (vide o art. 5º, inc. LXIII, da CF/1988), abrange, na sua área nuclear, o direito ao silêncio propriamente dito. Segundo Maria João Antunes, ele se subdivide em diversos corolários, designadamente nas situações em que esteja em causa a prestação de informações, a entrega de documentos ou outras formas de colaboração, correspondendo, assim, a “zonas de proteção mais periféricas”.⁴⁶

Muito embora se trate de uma garantia constitucional com sedimentada base doutrinária e jurisprudencial no tocante às pessoas físicas acusadas processualmente, no caso das pessoas jurídicas o *nemo tenetur* apresenta algumas peculiaridades. Como exposto por Ferré Olivé, há situações nas quais o ente moral tem o dever de colaborar em procedimentos prévios ao processo penal, como ocorre nas inspeções administrativo-tributárias, vendo-se obrigada a entregar documentos e livros que poderão constituir futuras provas contra ele próprio.⁴⁷

No direito europeu, alude-se frequentemente ao julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), de 25 de fevereiro de 1993, conhecido como *Caso Funke*, onde se decidiu que assiste ao arguido o direito de não entregar documentos ou outras provas contra si próprio, sob pena de violação do direito a um processo equitativo, bem como da violação do

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ ANTUNES, Maria João. *Processo Penal...*, cit, p. 26.

⁴⁶ *Idem*, pp. 53-54.

⁴⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance...*, cit., p. 222.

princípio da presunção de inocência. Ou seja, “não é aceitável que o arguido seja obrigado a autoincriminar-se, o que vale igualmente para o processo penal da pessoa coletiva.”⁴⁸

No entanto, naquele julgado, o TEDH considerou que o princípio do *nemo tenetur* comporta uma importante exceção quanto à *entrega de documentos*, visto que – nas palavras de Hugo Luz dos Santos – no âmbito do direito sancionatório, não assiste o direito de recusar a entrega da documentação pretendida pela administração fiscal quando a sua obtenção não seja possível ou não intentada por outros meios, e desde que a administração fiscal não use de poderes coercitivos que visem sancionar a recusa de entrega dos documentos, tais como a utilização de cominações para essa recusa.⁴⁹

No direito norte-americano, há também particularidades envolvendo o *nemo tenetur*. Segundo Brandon Garrett, as pessoas jurídicas não estão amparadas pela Quinta Emenda à Constituição estadunidense, de sorte que elas não poderiam alegar o direito à não-autoincriminação, nos casos de requisição de documento, ou mesmo de informações confidenciais, por parte do *Department of Justice*.⁵⁰ De forma similar, Mihailis Diamantis *et al.* observam que há questões processuais atinentes às corporações acusadas de crimes do colarinho branco, tais como, justamente, a obrigação da produção e fornecimento de documentos para os agentes públicos, o que as excluam, pois, da cláusula da não-autoincriminação contida na Quinta Emenda.⁵¹

Por outro giro, é de se observar ser inerente ao programa de compliance de uma pessoa jurídica a realização das *investigações internas*. A oitiva dos empregados, o conteúdo das mensagens eletrônicas, as atas e transcrições de reuniões de trabalho, os livros contábeis, as análises e pareceres de setores técnicos da empresa ou de auditorias externas... Todo esse acervo de dados e documentos coligidos, direta ou indiretamente, pelo oficial de compliance ou por um escritório de advocacia especializado, no curso das investigações corporativas, poderá constituir prova contra a *própria* empresa arguida.

⁴⁸ SANTOS, Hugo Luz. *Processo Penal da Pessoa Colectiva*, cit., p. 67.

⁴⁹ *Idem*, p. 68. Sobre o tópico, o Autor conclui: “Pelo que a entrega de documentos ou outros elementos objectivos não colide com o *nemo tenetur se ipsum accusare* quando não se preceituar qualquer cominação directa para a ‘recusa de entrega de documentos’. Isso vale igualmente para o processo penal da pessoa coletiva.”

⁵⁰ GARRETT, Brandon. *Too big to jail. How Prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 92.

⁵¹ DIAMANTIS, Mihailis E.; STRADER, J. Kelly; ANDERSON, John P.; JORDAN, Sandra D. *White Collar Crime. Cases, Materials, and Problems*. 4th ed. Durham: Carolina Academic Press, 2021, p. 10.

Sendo assim, em uma reorganização societária, com a troca ou substituição de dirigentes “tóxicos” ou “egocêntricos”,⁵² bem como a mudança de uma postura inicial não colaborativa com as agências formais de controle, a pessoa jurídica pode se valer dessa “autoprodução incriminadora” para buscar leniência ou outra forma de acordo, cujo resultado final pode melhorar sensivelmente a sua situação legal ante os riscos financeiros e reputacionais de uma eventual condenação criminal.

Em síntese, o princípio da não-autoincriminação parece possuir um “colorido especial” quando se trata de uma empresa investigada ou processada criminalmente. Isso porque, há a intercessão, *in casu*, dos aportes da vertiginosa evolução dos modelos e instrumentos próprios da *Justiça penal negocial* – v.g., acordos de leniência ou pactos de colaboração premiada entre Ministério Público e integrantes da empresa – o que operaria a favor de não ser um “tudo ou nada” – nem condenação, nem absolvição – no processo penal da pessoa jurídica.

5.3 Princípio da presunção de inocência

Dentre as garantias de defesa consagradas na generalidade das Constituições, está a da presunção de inocência (conf. art. 5º, inc. LVII, da CF/1988). Ela é válida tanto para pessoas físicas como para as pessoas jurídicas. É certo que esse princípio já foi brevemente referido linhas acima, quando se tratou da distribuição do *ônus probatório* relativamente à existência e validade do programa de compliance. Todavia, há outros flancos de abordagens no âmbito do processo penal contra a pessoa coletiva.

Nesse sentido, Arangüena Fanego leciona que a presunção de inocência, como regra processual penal, exige que a condenação somente se alcance através das *provas*. Provas essas que devem resultar suficientes tanto para a comprovação do fato delituoso, como da culpabilidade do seu autor.⁵³

Na verdade – prossegue aquela Doutrinadora –, a prova deve ser produzida com pleno respeito às regras processuais e, em particular, aos limites que se impõem diante dos direitos fundamentais do acusado. Por outras palavras, deve ser garantido, em algum estágio do processo, o contraditório e a ampla defesa, sendo o acervo probatório valorado de forma

⁵² Sobre lideranças tóxicas e egocêntricas: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. *Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção*. In *Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais*. SAAD-DINIZ, Eduardo *et al.* (Org.). Belo Horizonte: Vorto, 2019, pp. 109-111.

⁵³ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio...*, cit., pp. 454-455.

racional. Demais disso, e em conformidade com a jurisprudência dos tribunais, o manto da presunção de inocência, como regra processual penal, apresenta-se incompatível com fórmulas apriorísticas de presunção *iuris et de iure* da responsabilidade penal.⁵⁴

Todos esses aportes dogmáticos adquirem especial relevo quando se tratar da pessoa jurídica submetida ao processo penal na quadra compliance. No caso, o acervo probatório deve servir para individualizar o específico interesse econômico perseguido pelos seus dirigentes, indicativos do *defeito de organização* ou do *ato de conexão*, que permitiram ou não evitaram a prática dos correspondentes delito societário, sem que se possa – consoante a lição de Arangüena Fanego – admitir como aceitável alguma fórmula de “objetivação” para declarar a culpa tão-somente pela exclusiva relação entre o ente moral e seu órgão de direção ou algum funcionário delegado ou preposto.⁵⁵

Com efeito, a questão da presunção da inocência estaria intimamente relacionada – no entender de Arangüena Fanego – com a estratégia defensiva da pessoa jurídica e com a opção que se apresente de adotar uma posição de “atuação proativa” em matéria probatória, tendente a procurar a exoneração da sua responsabilidade penal ou, ao menos, da sua atenuação punitiva. Como sublinhado pela Autora:

“Essa possibilidade pode fazer conveniente que se apresente pela defesa, no interrogatório da pessoa jurídica, que o representante especialmente designado renuncie ao direito de silêncio, adotando uma posição participativa. (...) Não se trata de provar, por parte da empresa, que não existiu, no caso concreto, um defeito de organizativo [ou, acrescento eu, um *ato de conexão*], pois essa prova corresponderia à acusação, mas, sim, provar que, antes da comissão do delito, foi adotado e executado eficazmente um programa de prevenção de riscos jurídico-penais. Concretamente, a pessoa jurídica imputada pode buscar se exonerar da responsabilidade penal demonstrando a eficácia jurídico-econômica de seu modelo de organização e gestão dos riscos jurídico-penais diante do delito cometido.”⁵⁶

Dessa maneira, diante do postulado da presunção de inocência, corresponderia ao Ministério Público demonstrar a ocorrência de um “grave defeito de supervisão”, ao passo que ficaria a cargo da defesa provar que havia levado a cabo o “devido controle” por intermédio da certificação do programa de conformidade.⁵⁷

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Idem*, pp. 454-455.

⁵⁶ *Idem*, pp. 458-459.

⁵⁷ *Ibidem*.

Ainda nesse tópico, cumpre ser feita alguma distinção entre o princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*. Segundo Esther Pillado González, apesar de ambos serem manifestações do *favor rei*, existem diferenças substanciais que não podem ser ignoradas.
58

Na verdade, a presunção de inocência configura não só um direito fundamental, mas também uma garantia própria do sistema processual que limita o *ius puniendi* do Estado, fazendo com que a culpabilidade do acusado deva ser demonstrada pela produção suficiente de prova a cargo da acusação. Em câmbio, o princípio do *in dubio pro reo* cuida-se, a rigor, de um critério interpretativo.⁵⁹

Reportando-se à jurisprudência dos tribunais espanhóis, Pillado González informa que o *in dubio* consiste em uma máxima dirigida ao órgão julgador, para que decida sempre de forma favorável à pessoa do acusado, quando remanescem dúvidas sobre a existência do fato ou de sua culpabilidade. Diferentemente da presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro reo* não possuiria lastro constitucional, sendo somente uma regra de exegese no processo penal.⁶⁰

Em síntese – e seja como for –, é indiscutível que os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* operam em favor não somente das pessoas físicas, mas, igualmente, das pessoas jurídicas submetidas ao processo penal.

6. Compliance e o processo penal da pessoa jurídica no Brasil

De lege lata, aqui só existe a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica na tutela do meio ambiente.

Nessa trilha, o Direito brasileiro se ressentir de normas legais de compliance ambiental que, se existentes, poderiam surtir efeitos de exoneração ou, ao menos, de atenuação da punição das pessoas jurídicas acusadas criminalmente. Demais disso, como visto no item 1, acima, também há carência de normas legais disciplinando o processo penal em face do ente coletivo.

Essa dupla lacuna – de compliance ambiental e de normas processuais penais contra a empresa-ré – torna desafiadora a apreciação dos efeitos dos programas de integridade no

⁵⁸ PILLADO GONZÁLEZ, Esther. *Presunción de inocencia y compliance*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1117-1118.

⁵⁹ *Idem*, p. 1118.

⁶⁰ *Ibidem*.

processo penal brasileiro. De todo modo, como visto linhas dantes, o compliance opera significativas consequências na seara processual penal no tocante à pessoa jurídica arguida. Isso começa, de fato, pela própria presunção da inocência do ente moral.

Feita essa ressalva metodológica, focando na questão da punição da pessoa jurídica por crimes ecológicos – única previsão, repita-se, de punição no Brasil –, é consabido que a Lei n. 9.605/1998 pouco ou nada trouxe a respeito do procedimento processual penal contra as empresas, diferentemente do verificado, por exemplo, no Direito francês.⁶¹

Como bem observado por Ada Pellegrini Grinover, a Lei de Proteção Ambiental, que prevê, no art. 3º, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não contém qualquer norma processual ou procedimental sobre a matéria.⁶²

Diante desse hiato normativo, é de se utilizar da analogia, consoante determinado pelo art. 3º, do Código de Processo Penal (CPP), em especial com a estrutura normativa do Código de Processo Civil (CPC), naquilo que disciplina o processo contra o ente moral. Nesse sentido, o art. 75, do CPC, dispõe que serão representados em juízo, ativa e passivamente, dentre outros, a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos ou, não havendo essa designação, por seus diretores.

Ao discorrer sobre o assunto, Édís Milaré leciona que a pessoa jurídica não comparece *pessoalmente* aos autos do processo: ela é sempre *representada* em juízo. E, ante o silêncio da lei processual penal a respeito de quem deve representá-la judicialmente, a situação deve ser regulada pela aplicação subsidiária do acima mencionado art. 75, do CPC.⁶³

Com relação à citação da pessoa jurídica, há de se observar as regras do Código de Processo Penal, com a peculiaridade que esta se fará na pessoa do seu representante. No caso, não há que falar da integração analógica. Como bem lecionado por Pellegrini Grinover:

“Segundo o objeto do processo, as garantias de que o ato de citação se deve revestir podem variar. A citação é ato indispensável à validade do processo, e o processo penal

⁶¹ Cf. O modelo brasileiro não trouxe o procedimento processual penal adequado para a pessoa jurídica em nosso ordenamento jurídico, ao contrário da disposição paradigma francesa que, juntamente com a reforma do *Code Pénal* francês, de 1992, que entrou em vigor em 1º de março de 1994, o *Code de Procédure Pénale*, da mesma época, veio a tratar do processo penal em face dos entes morais em diversas seções, a contar do Título XVIII do Código de Processo Penal francês, sob a epígrafe ‘ *Da perseguição, da Instrução e do Julgamento das Infrações Cometidas pelas Pessoas Morais.*’ (MIGLIARI Jr., Arthur. O novo processo penal ambiental diante da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In *Novos Rumos do Direito Ambiental nas Áreas Civil e Penal.* LANFREDI, Geraldo Ferreira (Coord.). Campinas: Millennium, 2006, pp. 67-68). (grifos do original).

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica.* In *Temas Atuais de Direito Criminal.* Vol. 2. GOMES, Luiz Flávio (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

⁶³ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente.* 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 729 e segs.

tem requisitos de validade que podem ser mais rigorosos do que os exigidos para a validade do processo civil. A analogia não encontra aplicação nesse campo, e a citação da pessoa jurídica deverá seguir as formas previstas no Código de Processo Penal (arts. 351 e segs.) ou na Lei n. 9.099/1995, conforme o caso.”⁶⁴

Sobre o interrogatório, a princípio, ele deve recair nas pessoas indicadas no art. 75, do CPC, ou seja, a pessoa física designada em seus atos constitutivos ou indicada por seus dirigentes. Todavia – e como dito no item 4, supra – é possível vislumbrar conflito de interesses entre a pessoa jurídica arguida e seu representante legal, em especial quando este também figurar no polo passivo da relação processual penal.

Além do conflito de interesses, Édis Milaré aponta, também, a possibilidade do representante legal “nada saber” a respeito dos fatos. Segundo o Autor, essa situação pode eventualmente ocorrer nas empresas de grande porte, cujos os complexos estatutos indicam, em regra, seu presidente como representante legal.⁶⁵

Por conseguinte, diante da possibilidade (1) de conflito de interesses entre corréus empresa e dirigente, ou (2) de desconhecimento dos fatos imputados ao ente moral, Milaré oferece, como solução a indicação de um “mandatário” para o comparecimento em juízo e falar em nome da empresa – quiçá o oficial de compliance –, solução esta que, no entender daquele Doutrinador, tem sido privilegiada pela doutrina e jurisprudência, em homenagem ao interrogatório como meio de prova.⁶⁶

No que tange ao procedimento penal, à luz das modificações trazidas pela Lei n. 11.719/2008 ao Código de Processo Penal, insta dizer que, por não existir nenhuma previsão de procedimento especial para os crimes da Lei n. 9.605/1998, o rito será o *comum*, tanto no que respeita à pessoa física, quando no que pertine à pessoa jurídica:

“Tratando-se de infrações de menor potencial ofensivo, deve-se observar o disposto nos arts. 69 a 83, da Lei n. 9.099/1995, exigindo-se, entretanto, a prévia composição do dano ambiental, nos moldes do que dispõe o art. 27, da Lei n. 9.605/1998. Cabível a suspensão condicional do processo, prevista na Lei dos Juizados Especiais, aplicar-se-á o que estatui o seu art. 89, com as especificidades exigidas no art. 28, da Lei n. 9.605/1998.”⁶⁷

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos processuais da responsabilidade penal...*, cit., p. 16.

⁶⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente...*, cit., pp. 731-732.

⁶⁶ *Ibidem*. Em sentido contrário: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos processuais da responsabilidade penal...*, cit., p. 16-18. Na jurisprudência, cite-se decisão da 7ª Turma do TRF4, no MS 2002.04.01.013843 (*Apud* MILARÉ, Édis, *op. cit.*, p. 731).

⁶⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente...*, cit., p. 729.

Ainda sobre o processo penal da pessoa jurídica, cumpre ressaltar que a jurisprudência brasileira inadmite a possibilidade de impetração de *habeas corpus* tendo por paciente a pessoa coletiva.

Nesses termos, conforme decidido em acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), em *habeas corpus* impetrado em favor de pessoa física e de pessoa jurídica acusadas de crimes ambientais, o remédio constitucional é instrumento destinado à proteção da liberdade de locomoção, bem jurídico que não pode ser titularizado por pessoas jurídicas, conforme entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência.⁶⁸

Sendo assim – e prosseguindo no teor daquele julgado do TJRJ –, não é possível o manejo de *habeas corpus* para a tutela de direitos concernentes à pessoa jurídica, ainda que se trate de ação de natureza criminal. Nesse sentido, é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se verifica da Tese n. 17, da Edição n. 36, *verbis*: “O *habeas corpus* não pode ser impetrado em favor de pessoa jurídica, pois o *writ* tem por objetivo salvaguardar a liberdade de locomoção.”⁶⁹

Aproximando-se do final, vale observar que o processo penal da pessoa jurídica não pode prescindir dos aportes da “ciência do compliance”.

Com efeito, há princípios relevantes do processo penal, tais como a questão do ônus da prova, do direito à ampla defesa, da previsão contra a não-autoincriminação, bem assim o postulado da presunção de inocência, que – com os contornos apontados neste texto – são reconfigurados com os programas de conformidade das empresas operantes no País.

Em conclusão, considerando as diversas questões que o processo penal da pessoa jurídica suscita à doutrina e à jurisprudência brasileira – haja vista a multicitada lacuna legislativa nesta temática –, muito ainda há que evoluir para esse conjunto de ideias possa surtir todos os seus potenciais efeitos, em particular na tutela constitucional do meio ambiente e da nossa qualidade de vida.

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 8ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* n. 0038017-37.2022.8.19.0000. Rel. Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Jr. Publicado no DJ de 29/07/2022.

⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses: Habeas corpus (n. 17)*. Disponível em https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20teses%2036%20-%20Habeas%20Corpus.pdf, p. 6.

7. Bibliografia básica

ANTUNES, Maria João. *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*. Coimbra: Almedina, 2020.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

COFFEE JR., John. *Corporate Crime and Punishment. The crisis of underenforcement*. Oakland: Berrett-Koheler Publishers, 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *O processo penal no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In Revista Científica do CPJM. Vol. 1. N. 3, 2022.

DIAMANTIS, Mihailis E.; STRADER, J. Kelly; ANDERSON, John P.; JORDAN, Sandra D. *White Collar Crime. Cases, Materials, and Problems*. 4th ed. Durham: Carolina Academic Press, 2021.

FARALDO CABANA, Patricia. *Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos procesales del criminal compliance*. In Revista Científica do CPJM. Vol. 1. N. 2, 2021

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*. Disponible em https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf.

GARRETT, Brandon. *Too big to jail. How Prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance Programs)*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. ____ (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. *La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos*. In Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GOVERNO DE PORTUGAL. *Consolidação da Estratégia Nacional Anticorrupção*. Resolução do Conselho de Ministros n. 37/2021. In Diário da República, 1ª série. N. 66, de 6 de abril de 2021. Disponível em <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2021/04/Portugal-Estrategia-Nacional-Anticorruptao-nova-publicacao.pdf>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In Temas Atuais de Direito Criminal. Vol. 2. GOMES, Luiz Flávio (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. III. Campinas: Millennium, 1999.

MIGLIARI Jr., Arthur. O novo processo penal ambiental diante da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In *Novos Rumos do Direito Ambiental nas Áreas Civil e Penal*. LANFREDI, Geraldo Ferreira (Coord.). Campinas: Millennium, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MONTE, Mário Ferreira. *Direito Penal da Globalização: As estratégias de compliance, o confisco de vantagens condenação e os aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa coletiva*. Entrevista. In *Revista Científica do CPJM*. Vol. 2. N. 5, 2022.

MORENO CATENA, Víctor. *El derecho de defensa de las personas jurídicas*. In *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther. *Presunción de inocencia y compliance*. In *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SANTOS, Hugo Luz. *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*. Braga: Nova Causa, 2021.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal, Sección 1.^a, n. 154/2016, de 29 de febrero. Disponível em <https://vlex.es/vid/599579023>

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial*. 2^a ed. São Paulo: LiberArs, 2023.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. *Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção*. In *Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais*. SAAD-DINIZ, Eduardo *et al.* (Org.). Belo Horizonte: Vorto, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MIRANDA, Matheus Alencar de. *Compliance e investigações internas. In* Direito Penal Econômico. Temas contemporâneos. PEDROSO, Fernando Gentil *et al.* (Org.). Londrina: Thoth Ed., 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses: Habeas corpus (n. 17)*. Disponível em https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2036%20-%20Habeas%20Corpus.pdf

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 8ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* n. 0038017-37.2022.8.19.0000. Rel. Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Jr. Publicado no DJ de 29/07/2022.