

# A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”<sup>[1]</sup>?

Susana Aires de Sousa

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[1] A expressão é de WILLIAM S. LAUFER num estudo que recebe por título “Corporate Prosecution, Cooperation, and the Trading of Favors”, *Iowa Law Review* 87 (2002), p. 643-667.

---

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A colaboração processual da empresa e o seu contexto: do efeito mitigador à exclusão da responsabilidade (breve nota evolutiva). III. A relevância da colaboração processual fora de um modelo de justiça negociada. IV. A colaboração da pessoa coletiva num modelo de justiça negociada. 1. Os acordos sobre a sentença. 2. Os acordos sobre o processo penal. 2.1 Os *out-of-court settlements* nos Estados Unidos da América. 2.2 O *deferred prosecution agreement* no Reino Unido. 2.3 A *convention judiciaire d’interêt public* em França. 2.4 O *Acuerdo de colaboración eficaz* na Argentina. V. Algumas reflexões: Punir sem acusar? Punir sem julgar? Ainda punir? VI. Conclusão.

---

## I. INTRODUÇÃO

O tema do “consenso e da oportunidade” em processo penal, exemplarmente delineado nos seus contornos problemáticos por Manuel da Costa Andrade<sup>[2]</sup> num estudo marcante neste contexto, tem sido essencialmente vislumbrado no nosso ordenamento jurídico a partir do arguido pessoa individual. Porém, nos últimos anos a estratégia político-criminal de controlo de alguma criminalidade empresarial (v. g., branqueamento de capitais ou corrupção) tem sido marcada,

[2] “Consenso e oportunidade”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, p. 319-358.

muito por influência internacional, pela ideia de cooperação público-privada na prevenção e deteção das irregularidades empresariais. Expressão desta proposta são, desde logo, os programas de cumprimento normativo ou *compliance*<sup>[3]</sup>. Não se esgotando ou sequer se confundindo no conceito de *compliance*, a cooperação ou colaboração da empresa, suspeita da prática de um crime, com as autoridades judiciárias responsáveis pela sua investigação impôs-se como tema essencial desde logo em ordenamentos jurídicos que reconhecem a responsabilidade criminal (ou sancionatória) do ente coletivo.

Entre as várias questões suscitadas pela colaboração processual penal dos entes coletivos, destacam-se as consequências e a relevância jurídico-penal que lhe são reconhecidas: muito embora a uma tal conduta se atribua um efeito mitigador da responsabilidade criminal em diversos ordenamentos jurídicos, as dificuldades aumentam quanto ao seu enquadramento jurídico e à determinação da sua amplitude e, consequentemente, dos seus limites. A colaboração da empresa adquire, no plano das consequências jurídico-criminais, diversa natureza, sendo, por vezes, concebida como atenuante da pena, outras vezes como condição (premier) de negociação de um acordo sobre a pena, outras ainda, agora no plano processual, como condição de negociação da suspensão ou mesmo da abertura de um processo penal.

Todas estas consequências são conhecidas de diversos ordenamentos jurídicos. Os tempos recentes revelaram a tendência de premiar a colaboração da pessoa coletiva de grande dimensão económica desde logo no plano processual com o seu não julgamento, evitando-se a acusação ou mesmo o início do processo, através de uma negociação, ao abrigo de um horizonte político-criminal marcado por um

[3] Em geral, sobre esta cooperação público-privada através dos programas de *compliance*, ADAN NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Valencia: Tirant lo blanch, 2015; na literatura portuguesa,

em geral, MARIA FERNANDA PALMA / AUGUSTO SILVA DIAS / PAULO DE SOUSA MENDES (dir.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018; ANABELA MIRANDA RODRI-

GUES, *Direito Penal Económico. Uma Política-criminal na Era Compliance*, Coimbra: Almedina, 2019; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019.

princípio da oportunidade. A colaboração processual da arguida pessoa coletiva torna-se um meio de diversão, agora entendida, nas palavras de José de Faria Costa, como “tentativa de resolução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal”<sup>[4]</sup>.

Neste trabalho, expõem-se algumas experiências jurídicas, procurando concretizá-las nos seus traços essenciais, bem como determinar a sua origem e o seu percurso evolutivo. Como propósito principal, pretende-se analisar problematicamente estas formas, mais ou menos diretas, de diversão processual da responsabilidade dos entes coletivos à luz da ideia de realização da justiça e de princípios fundamentais do processo penal, como os princípios da legalidade e da oportunidade; pretende-se ainda refletir sobre o significado e as consequências menos evidentes ligados a estas formas de “colaboração premiada” do ente coletivo.

Em última instância, este estudo procura refletir sobre os modelos de diversão processual dos entes coletivos ainda compatíveis com o reconhecimento da sua responsabilidade pelo sistema de administração da justiça penal. O estudo de outros percursos e experiências jurídicas poderá ser de auxílio na escolha de soluções de oportunidade que no contexto português venham a ser acolhidas para a pessoa coletiva; opções não só necessárias como imprescindíveis. Pretende-se ainda, a partir da análise daquelas experiências jurídicas, pensar os propósitos político-criminais que subjazem à relevância concedida à colaboração do ente coletivo. Pretende-se – arrisca-se – confrontar tais soluções com o sentido da justiça penal. É, afinal, propósito deste texto explorar caminhos que compatibilizem o difícil equilíbrio, sintetizado nas expressões de Pedro Caieiro, entre a perseguição do mito da “justiça absoluta” e o “fetiche da gestão eficiente do sistema”<sup>[5]</sup>.

[4] JOSÉ DE FARIA COSTA, “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?”, *BFD*, Vol LXI (1985), p. 93.

[5] PEDRO CAEIRO, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o

fetiche da “gestão eficiente” do sistema” *RMP* 84 (2000), p. 31 e ss.

## II. A COLABORAÇÃO PROCESSUAL DA EMPRESA E O SEU CONTEXTO: DO EFEITO MITIGADOR À EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE (BREVE NOTA EVOLUTIVA)

O *Federal Sentencing Guidelines Manual*<sup>[6]</sup>, de 1991, constitui um marco fundamental na compreensão da relevância jurídico-penal da colaboração da pessoa coletiva, suspeita da prática de um crime, com as entidades responsáveis pela sua investigação. Este documento foi emitido pela *Sentencing Commission* norte-americana enquanto organismo autónomo, criado em 1984, com a principal finalidade de harmonizar as penas aplicadas pela prática de crimes federais através de estabelecimento de critérios de determinação da pena<sup>[7]</sup>.

Este diploma procurou concretizar, no seu capítulo VIII, um conjunto de orientações e critérios tendo por fim auxiliar os tribunais na determinação das sanções aplicáveis a organizações e, entre estas, a empresas. Esta necessidade de orientação e harmonização acentuava-se num ordenamento jurídico conhecedor da responsabilidade criminal dos entes coletivos desde pelo menos finais do século XIX e ao longo de todo o século XX<sup>[8]</sup>. O contexto favorecia a valorização, na determinação da pena, do “good corporate citizen” como fator de diminuição da pena. De facto, entre estes critérios de determinação da pena aplicável às empresas, as *Guidelines* atribuíam um efeito atenuante (*a sentence credit*)<sup>[9]</sup> à prévia existência de programas de *compliance* com efetiva aplicação (o que constituiu um forte e decisivo incentivo à implementação de programas de *compliance*<sup>[10]</sup>), assim como à colaboração da entidade coletiva com

[6] Disponível em [https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/1991\\_Guidelines\\_Manual\\_Full.pdf](https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/1991_Guidelines_Manual_Full.pdf).

[7] Com maiores e desenvolvidas informações, veja-se o sítio eletrónico desta entidade em <https://www.uscc.gov/>.

[8] Cf. sobre esta evolução e a sua análise crítica, WILLIAM S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago/London: The University of Chicago Press, 2006, p. 9 e ss.

[9] JULIE O’SULLIVAN, “Some Thoughts on Proposed Revisions to the

Organizational Guidelines”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 489.

[10] JULIE O’SULLIVAN, “Some Thoughts on Proposed Revisions...”, *op. cit.*, p. 491, nota 15.

a investigação criminal e à aceitação de responsabilidade pelo acontecimento criminoso<sup>[11]</sup>.

Todavia estas circunstâncias, originariamente pensadas como “*mitigation factors*”, conheceram um amplo desenvolvimento, sobretudo com a revisão das *organizational Guidelines* em 2004. Esta revisão, fortemente imbuída de um espírito de incentivo ao “good corporate citizen”, premiando as empresas que colaborassem de forma responsável no controlo e na prevenção de crimes, admitiria a cooperação como base e condição de negociação da própria responsabilidade penal da pessoa jurídica<sup>[12]</sup>.

Esta parceria entre corporação e instituições, incentivada num primeiro momento pelas *organizational Guidelines*, depressa se estenderia a outras fases processuais, anteriores à determinação da sentença, muito por influência das “*Prosecutorial Guidelines*”<sup>[13]</sup>. Como sublinha William S. Laufer, o efeito da colaboração alarga-se à decisão de acusar ou de negociar a culpa e o processo, transferindo-se o juízo de oportunidade do juiz para a acusação<sup>[14]</sup>.

Neste cenário, importa destacar os *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, da responsabilidade do Procurador-Geral adjunto Larry Thompson, divulgados em 2003 na sequência do caso Andersen<sup>[15]</sup>. O *Thompson Memo*, como ficaria conhecido,

[11] Este efeito atenuante na determinação da pena estendeu-se a outros ordenamentos jurídicos: a influência das *Guidelines* fez-se sentir, por exemplo, no direito espanhol, no artigo 31 *quarter* do Código Penal espanhol, prevenendo-se a colaboração e a implementação de programas de *compliance* como circunstâncias atenuantes da pena aplicável à pessoa coletiva. Sobre este artigo, veja-se MATA BARRANCO / JACOBO DOPICO Gómez-Aller / JUAN ANTONIO LASCURAÍN Sánchez / ADÁN NIETO MARTIN, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 158.

[12] ROSA ANA RUGGIERO, *Scelte Discrezionali del Pubblico Ministero e Ruolo Dei Modelli Organizzativi Nell’Azione Contro Gli Enti*, Turim: G. Giapichelli Editore, 2018, p. 95.

[13] Entre os fatores a considerar pela acusação no juízo de promoção ou não promoção do processo penal contra a pessoa jurídica, contam-se a cooperação voluntária da empresa, a entrega de informação relevante sobre as pessoas individuais responsáveis pela prática do crime, bem como a implementação de programas de *compliance*.

Estes *Princípios* estão disponíveis em <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.300>.

[14] Cf. “Corporate Prosecution...”, *op. cit.*, p. 645.

[15] Cf. DAVID M. UHLMANN, “Deferred prosecution and non-prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability”, *Maryland Law Review* 72 (2013) p. 1311 e ss.

estabelecia que em caso de cooperação e de colaboração voluntária, através de apresentação de informações relevantes, poderia ser concedida à empresa, investigada pela prática de um crime, “*amnesty*” ou ser considerada uma solução de “*pre-trial diversion*”<sup>[16]</sup>. Neste memorando, ao abrigo de um princípio de oportunidade na promoção do processo penal, amplamente acolhido no sistema americano, dá-se particular ênfase às soluções de diversão, designadamente aos acordos pré-judiciais baseados na colaboração da empresa<sup>[17]</sup>.

Entre os argumentos que fundamentam estas soluções de diversão, evidencia-se que o processo penal ou a mera acusação formal de uma empresa pode significar o seu fim, desde logo pelo possível dano reputacional que o processo acarreta, com consequências nocivas para todos aqueles que com ela se relacionam ou que dela dependem financeira e economicamente. Este efeito negativo ficou conhecido como *Andersen effect*, na sequência da falência da Arthur Andersen após enfrentar um julgamento criminal<sup>[18]</sup>.

Esta contextualização é assim essencial para sublinhar a mutação jurídica reconhecida à colaboração da pessoa coletiva, suspeita ou arguida da prática de um crime, do plano da sanção para o âmbito processual, evoluindo de uma circunstância a considerar na determinação da pena para uma condição essencial à obtenção de um acordo em processo penal, entre arguido e acusação, que isenta ou evita a responsabilidade criminal.

Também Rosa Ana Ruggiero, num estudo sobre a ação do ministério público contra a criminalidade empresarial<sup>[19]</sup>, ao

[16] Este documento encontra-se disponível em [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20\\_privwaiv\\_dojthomp.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf).

[17] Sobre as dificuldades de compatibilização das *Sentencing Guidelines* com as *Prosecutorial Guidelines*,

designadamente no que diz respeito à informação protegida e não protegida a revelar pela empresa, veja-se JULIE O’SULLIVAN, “Some Thoughts on Proposed Revisions...”, *op. cit.*, p. 498.

[18] Cf. IÑIGO ORTIZ URBINA GIMENO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american

way”, *Responsabilidad de la Empresa y Compliance* (org. Santiago Mir Puig et al.), BdeF, 2014, p. 68.

[19] ROSA ANNA RUGGIERO, *Sclere Discrezionali del Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, p. 95.

reconstruir esta evolução, defende que a intenção de premiar a colaboração processual com uma redução de pena se mostrava pouco apelativa do lado empresarial. A colaboração exigia uma recompensa maior. Compreende-se assim que à colaboração processual se associe, na sua contrapartida, uma lógica premial ou de diversão, que progressivamente substitui a lógica de punição do facto criminal atribuível à empresa. Mutações que acabaria por ser favorecida pela ampla discricionariedade reconhecida, no sistema americano, à entidade acusatória ao abrigo de um princípio de oportunidade.

Uma evolução muito semelhante, quase paralela, ocorreu quanto aos efeitos jurídicos reconhecidos à implementação de medidas de prevenção e controlo criminal: os programas de *compliance* ganham uma ulterior e renovada importância, agora como medidas posteriores e reativas à prática do facto criminal<sup>[20]</sup>. Tais mecanismos são concebidos não apenas como fator de exclusão ou de diminuição da culpa da empresa quando preexistam à prática do facto, como a obrigatoriedade da sua implementação surge agora como uma consequência da condenação destinada a prevenir a prática futura de novos crimes, ou mesmo como condição de negociação do próprio processo penal e, consequentemente, como condição de diversão processual.

Aos programas de cumprimento reconhece-se assim um novo efeito no contexto penal, agora num momento posterior à prática do facto, que pode ultrapassar a própria punição. Verifica-se deste modo uma mutação da natureza e finalidades reconhecidas aos programas de cumprimento. Se “*compliance ex ante*” significava exclusão ou diminuição da responsabilidade, ao cumprimento *ex post* – posterior à realização do facto – reconhece-se um efeito

[20] Sublinhando esta ideia, MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das investigações e *compliance* criminal”, *RPCC* 28 (2018), N.º 1, p. 120 e s.

premier e de diversão enquanto condição de resolução do conflito fora do sistema penal.

A negociação da responsabilidade das pessoas jurídicas e a previsão de formas de diversão processual apresentam ainda outras cativantes vantagens para além da preservação da pessoa coletiva e dos interesses económicos daqueles que com ela se relacionam. Para além do favorecimento da empresa, na sua dupla qualidade de agente económico e de autor do crime, destacam-se outros benefícios, agora do lado da investigação processual penal. Estas medidas de diversão aliviam e simplificam um processo penal, por regra moroso, complexo, com dificuldades de prova e financeiramente muito pesado<sup>[21]</sup>. A balança inclina-se, por esta via, a favor de uma “gestão eficiente do sistema”, conjugando interesses quer da investigação, quer do acusado.

Muito por influência quer das vantagens enunciadas, quer da experiência norte-americana, que, como é sabido, concede uma ampla margem de atuação ao princípio da oportunidade na promoção do processo, as *soluções de diversão e de negociação da responsabilidade dos entes coletivos* têm vindo a ser acolhidas em outros ordenamentos jurídicos como alternativa ao julgamento criminal das pessoas jurídicas. Este contexto, associado no plano jurídico a um princípio da oportunidade da promoção processual, facilita o surgimento de mecanismos de negociação e a celebração de acordos que têm como finalidade principal evitar a audiência de julgamento ou o processo penal.

Este não é, porém, o único cenário. As soluções de consenso e de oportunidade no contexto da responsabilidade criminal das pessoas coletivas têm assumido contornos diferentes de país para

[21] Cf. JULIETTE LELIEUR, “La transaction judiciaire, les personnes morales et le droit pénal des affaires”, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts / Questions actuelles et fondamentales du droit pénal des affaires*, Berlin: Duncker & Humblot, 2019, p. 80.

país, de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico. A colaboração processual do ente coletivo tem sido concebida como atenuante da medida da pena, como requisito da negociação de uma decisão condenatória mais favorável, abreviando o processo penal, e ainda como condição de negociação do próprio processo penal.

Condição determinante da maior ou menor margem de negociação será o grau de oportunidade (*versus* legalidade) reconhecido à iniciativa processual do ministério público. Em grande medida, a negociação tende a ser proporcional ao grau de oportunidade que se reconheça na investigação penal.

Delineada em traços breves e gerais esta evolução, importa averiguar quais os efeitos jurídicos legalmente atribuídos ou reconhecidos à colaboração processual das pessoas jurídicas. Com este propósito em mente, propõe-se um breve percurso pelas principais formas de consenso e de oportunidade conhecidas e aplicadas em alguns ordenamentos jurídicos.

### III. A RELEVÂNCIA DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL FORA DE UM MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIADA

Haverá certamente ordenamentos jurídicos, comprometidos com um princípio da legalidade, que afastam ou não preveem a negociação processual da responsabilidade dos entes coletivos. Próximo destes modelos está o ordenamento jurídico português que, de modo invulgar, apesar de admitir há quase quatro décadas a responsabilidade criminal da pessoa coletiva<sup>[22]</sup>, se evidencia pela inexistência de um processo penal dos entes coletivos. Muito embora predomine o princípio da legalidade da promoção processual, admitem-se formas de diversão para as pessoas individuais de que é exemplo máximo a

[22] Sobre a responsabilidade criminal da pessoa coletiva no ordenamento jurídico português, com adicionais refe-

rências bibliográficas, veja-se SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 99 e ss.

suspensão provisória do processo. Todavia, a lei é omissa quanto à sua aplicação aos entes coletivos; do mesmo modo, não se prevê especificamente qualquer forma de diversão para estes sujeitos processuais. Perante a ausência de normas específicas, os tribunais adaptam, tanto quanto possível<sup>[23]</sup>, as regras processuais previstas para as pessoas individuais. Todavia, a ausência das pessoas coletivas do regime legal tem por consequência imediata a não aplicação do instituto da suspensão provisória do processo ou, em alternativa, uma aplicação muito forçada e dificilmente compatível com a racionalidade e a intencionalidade do regime.

No regime substantivo, não se prevê de forma expressa qualquer relevância à colaboração processual da pessoa coletiva ou à implementação de programas de *compliance*. Contudo, em nossa opinião<sup>[24]</sup>, tal não significa uma necessária irrelevância quer da colaboração do ente coletivo, quer da implementação de programa de cumprimento normativo, anterior ou posteriormente à prática do crime. A existência de um tal programa de cumprimento efetivo, bem como a conduta cooperante da empresa, sempre poderão ser ponderadas na determinação da medida da pena da pessoa coletiva, por via da apreciação dos critérios e fatores legalmente estabelecidos no artigo 71.º do Código Penal, enquanto circunstâncias que possam depor, na expressão legal, a favor do agente (n.º 2 do artigo 71.º)<sup>[25]</sup>. De modo particular, poderão ser de relevância, neste contexto, os fatores de medida da pena previstos nas alíneas *a)* (“o grau da ilicitude do facto, o modelo de execução deste (...), bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente”) e alínea *e)* (“a conduta anterior ao facto”) do n.º 2 do artigo 71.º.

[23] Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28/01/2019, proc. 318/13.2DBRG.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que, em recurso, discorda da revogação da suspensão do processo aplicada a uma pessoa coletiva e determina a baixa dos autos à primeira ins-

tância para que se aprecie da aplicação da suspensão provisória do processo à sociedade arguida.

[24] Cf. quanto a este ponto, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 134 e s.

[25] Neste sentido PAULO DE SOUSA MENDES, “Law enforcement & compliance”, in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 14.

Todavia, muito há por fazer no plano do direito a constituir. O dever de a empresa adotar um programa efetivo de *compliance* pode ser configurado, agora no plano do direito a constituir, no âmbito das sanções aplicáveis ao ente coletivo (como uma específica sanção acessória ou substitutiva) ou, no plano processual, como forma de diversão com intervenção no contexto da suspensão provisória do processo. Todavia, este é um caminho que está por fazer. Na realização desse percurso, não deve deixar de se considerar e analisar a experiência, positiva e negativa, já adquirida por outros ordenamentos jurídicos, evitando-se, dessa forma, erros e inconveniências.

#### IV. A COLABORAÇÃO DA PESSOA COLETIVA NUM MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIADA

As considerações que se seguem exigem uma advertência prévia. A negociação do processo penal remete para figuras que se inserem em sistemas jurídicos de tradições processualistas e penalistas muito distintas. Não é possível perceber-se inteiramente estes institutos, na sua razão de ser e nas suas finalidades, sem essa contextualização histórica no respetivo sistema penal. Todavia, essa é uma tarefa que extravasa a natureza deste estudo e que pela sua complexidade não será realizada, com a consciência de uma inevitável fragilidade da análise efetuada, concretizada numa visão que será sempre incompleta destas figuras. Ainda assim, fica, em sua defesa, a vantagem em descrever os acordos nas suas características principais e a possibilidade de os analisar à luz de princípios conformadores do direito processual penal português.

##### 1. OS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA

Percorrendo os sistemas jurídicos que admitem a responsabilidade das pessoas coletivas, verificamos que as formas de negociação

previstas são variadas, concedendo maior ou menor espaço à colaboração da pessoa coletiva.

Do lado oposto a um sistema de julgamento, encontra-se o sistema de *plea bargaining* no âmbito do qual o conflito jurídico-penal é negociado entre o acusado, pessoa física ou individual, e a entidade responsável pela acusação, desembocando na maioria das vezes num reconhecimento de culpa, numa *guilty plea*. Referindo-se expressamente ao sistema americano, Phillip Rapoza socorre-se da seguinte definição de *plea bargaining*: “[o] processo através do qual o acusado e o Ministério Público num processo criminal procedem a uma regulação mutuamente satisfatória do caso sujeita a aprovação do tribunal. Por regra, envolve a admissão da culpa do arguido relativamente a um crime menos grave ou só um ou alguns de vários crimes de que foi acusado em troca de uma pena mais leve do que aquela que seria possível pela acusação mais grave”<sup>[26]</sup>.

Nos EUA, os últimos dados disponíveis, relativos ao ano de 2017, mostram que a grande maioria das pessoas físicas condenadas se declarou culpada após a negociação (97,2%). Este instituto é também a regra na resolução dos casos criminais em que é acusada a pessoa coletiva. Relativamente aos dados mais recentes disponíveis, do mesmo ano de 2017, verifica-se que 131 organizações (onde se incluem as empresas privadas) enfrentaram um processo penal, de entre as quais 91,6% admitiram a culpa no âmbito da *plea bargaining*. Destas, mais de 60% foram condenadas em *probation* e em 22% dos casos foi estabelecida, como condição do acordo negociado, o desenvolvimento de um programa de *compliance*<sup>[27]</sup>.

[26] Trata-se da definição constante no *Blak's Law Dictionary*, cf. PHILLIP RAPOZA, “A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra”, *Julgat* 19 (2013), p. 207 e ss. Sobre este conceito e em geral sobre a figura da *plea bargaining*, veja-

-se também GERMANO MARQUES DA SILVA, “*Plea Bargaining* e acordos sobre sentença”, *RPCC* 28 (2018), N.º 1, p. 100.

[27] Todos estes dados constam do relatório apresentado pela *United States Sentencing Commission*, disponível em

[https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2018/FY17\\_Overview\\_Federal\\_Criminal\\_Cases.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2018/FY17_Overview_Federal_Criminal_Cases.pdf).

Estes dados confirmam o que tem vindo a ser sublinhado na literatura americana: são poucas as empresas que enfrentam um julgamento<sup>[28]</sup>, verificando-se desde há anos uma tendência de diminuição do número de pessoas coletivas condenadas pelo sistema de justiça americano, designadamente no que diz respeito a crimes federais. Na verdade, num universo empresarial composto por cerca trinta milhões de empresas, não deixa de ser surpreendente o número de pessoas coletivas condenadas em 2017, ainda que por crimes federais.

Alguma literatura norte-americana, assinalando esta discrepância, tem procurado investigar as suas causas. Cabe destacar, neste contexto, um recente estudo de Sally Simpson<sup>[29]</sup>. Entre outras conclusões, verifica-se que as empresas que enfrentam o processo penal são, por regra, “as pequenas, as mais recentes e menos poderosas”. Do mesmo modo se sublinha que as infrações cometidas por grandes empresas acabam, de algum modo, por ser, ainda que informalmente, divertidas para outros processos – civil ou administrativo –, escapando ao processo penal não obstante a relevância criminal das condutas<sup>[30]</sup>.

Pelas suas vantagens, entre as quais se destacam a celeridade, a eficiência e a diminuição de custos, o instituto da *plea bargaining* e a sua aplicação à empresa-arguida acabaria por influenciar outros ordenamentos jurídicos.

É o caso do ordenamento jurídico espanhol e do instituto “*de la conformidad del acusado con la acusación*”<sup>[31]</sup>, em cujo âmbito de aplicação se incluem as pessoas jurídicas. A *conformidad* é uma

[28] BRANDON L. GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Cambridge / London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 26.

Sutherland 80 years after white-collar crime”, *Criminology*, 2019, p. 4.

[30] SALLY S. SIMPSON, “Reimagining Sutherland 80 years...”, *op. cit.*, p. 5.

[29] SALLY S. SIMPSON, “Reimagining

[31] Para uma caracterização do ins-

tituto da “conformidad” e da sua relevância na justiça negociada espanhola, veja-se JUAN-LUIS GÓMEZ-COLOMER, “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, *Revue Internationale de Droit Penal* 2012/1, Vo. 83, p. 15-41.

declaração de vontade pessoal do acusado prestada perante o tribunal competente para proferir a sentença. Pressupõe a adesão voluntária à acusação, previamente anunciada e depois ratificada, perante o juiz, antes da produção da prova. No caso das pessoas jurídicas, a negociação está prevista no n.º 8 do artigo 787.º (que se refere ao processo abreviado)<sup>[32]</sup> da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sendo a conformidade declarada por um representante da pessoa coletiva especialmente designado para esse efeito. Todavia, não se estabelece expressamente um limite à pena negociada, muito embora o limite geral à conformidade seja de prisão até 6 anos. Contudo, preservando a racionalidade do instituto, defende-se que a pessoa coletiva não pode, desde logo, conformar-se com a pena de dissolução, com fundamento naquela limitação geral, prevista para as penas de prisão<sup>[33]</sup>.

Entre os problemas que a *conformidad* da pessoa coletiva coloca, destaca-se a circunstância de a negociação da sua responsabilidade e a aceitação da pena não estarem vinculadas à “conformidade” de outras pessoas acusadas no mesmo processo. Trata-se de uma exceção à regra geral. Fernando Gascón Inchausti sublinha que foi propósito da norma permitir que a pessoa jurídica se liberte do processo penal e do dano reputacional que lhe é inerente; o ente coletivo liberta-se assim do processo com o pagamento de uma multa. Todavia, as dificuldades certamente surgirão quando, não havendo “conformidade” de outros acusados e prosseguindo o processo penal, possa haver lugar a uma absolvição pelos mesmos factos, prejudicando-se, desde modo, a coerência interna do sistema<sup>[34]</sup>.

[32] Para uma análise desta norma e dos problemas que ela coloca, veja-se FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, p. 167 e ss.

[33] FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, op. cit., p. 172.

[34] FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, op. cit., p. 175.

## 2. OS ACORDOS SOBRE O PROCESSO PENAL

Para além da negociação da sentença, os últimos tempos privilegiam formas de diversão que permitem negociar o próprio processo penal da pessoa coletiva, impedindo o seu início ou alcançando o seu arquivamento. É o caso dos *out of court settlements*, cuja origem remonta ao sistema norte-americano, mas que progressivamente se alargaram, na Europa, a países como o Reino Unido e a França. Na sua maioria, estes acordos não valem como uma sentença penal, antes procuram desviar o caso concreto do processo penal, evitando-se a acusação, o julgamento e a condenação.

### 2.1. Os *out-of-court settlements* nos EUA

Os *out-of-court settlements* resultam de uma negociação entre a acusação e a empresa indiciada ou suspeita de uma prática criminosa com a finalidade de não promover (*Non Prosecution Agreement* ou *NPA*) ou de suspender o processo durante um determinado prazo, findo o qual se dá a extinção da responsabilidade sem julgamento ou sentença condenatória (*Deferred Prosecution Agreement* ou *DPA*). Na base do acordo está a colaboração da empresa com a entidade responsável pela investigação.

Esta negociação não se confunde com a *plea bargaining*, com uma *sentence bargaining* ou com um acordo sobre a sentença<sup>[35]</sup>. É assim pela razão principal e decisiva de que o acordo alcançado, embora possa implicar o pagamento de uma quantia pecuniária, não é uma condenação, tendo lugar e produzindo os seus efeitos

[35] É já considerável a literatura portuguesa sobre o acordo sobre sentença, proposto e desenvolvido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, Conselho Distrital do Porto, Porto, 2011; prática que o STJ acabaria por recusar, no acórdão de 10-4-2013, proc. 224/06.7GAVZL. Cl.St., com fundamento na matéria da

proibição de prova. Sobre estes acordos, veja-se Pedro; PEDRO SOARES ALBERGARIA, PEDRO MENDES LIMA, JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, "Uma proposta de justiça negociada", *Revista do CEJ*, n.º 15 (jan-jun 2011), p. 109 e ss.; JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!", *RMP*, n.º 135

(2013), p. 39 e ss.; NUNO BRANDÃO, "Acordo sobre a sentença penal: problemas e vias de solução", *Julgar*, n.º 25 (2015), p. 161 e ss.; GERMANO MARQUES DA SILVA, "Plea bargaining...", *op. cit.*, p. 107 e ss. Acrescente-se que a jurisprudência e literatura citadas têm por referência a negociação da sentença de arguição de pessoas físicas.

mesmo sem qualquer intervenção judicial. Toda a negociação tem lugar numa fase pré-judicial, entre a empresa e a acusação.

Este tipo de acordos tem vindo a ser aplicado a um amplo espectro de criminalidade, onde se incluem crimes de natureza económica, crimes ambientais ou contra a saúde pública. Por regra, os acordos pressupõem o pagamento de quantias pecuniárias, a reparação das vítimas, a adoção de medidas de prevenção e de alteração dos programas de *compliance* e, em alguns casos, a inclusão de um programa de monitorização independente, suportado financeiramente pela empresa, mas reportado aos *prosecutors* e *regulators*<sup>[36]</sup>.

Nos EUA, os *DPA* e o *NPA* intensificaram-se sobretudo a partir de 2003, com as medidas tomadas pelo Departamento de Justiça norte-americano em matéria de *corporate prosecutions*, na sequência dos casos Enron e Andersen<sup>[37]</sup>. Entre essas medidas, destacam-se os *New Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*<sup>[38]</sup>. As orientações relativas à cooperação empresarial, quando efetiva, admitem, como já se referiu anteriormente, a imunidade e o acordo pré-judicial<sup>[39]</sup>. Deste modo, não só se validavam como se evidenciavam os *out-of-court settlements* com as empresas investigadas, o que conduziu, inevitavelmente, a um aumento do número de acordos celebrados, mas também a uma maior discricionariedade na promoção processual contra empresas acompanhada da imposição de deveres definidos já não por lei ou por um juiz mas antes pela acusação<sup>[40]</sup>.

[36] Cf. BRANDON GARRETT, "The global evolution of corporate prosecutions", *Law and Financial Markets Review*, 2017, p. 57 e ss.

[37] BRANDON GARRETT, "The global evolution of corporate prosecutions", *op. cit.*, p. 55. Também ROSA ANNA RUGGIERO, *Scelte Discrezionali...*, *op. cit.*, p. 105 e ss. Até 2001 contavam-se

pelos dedos de uma mão os acordos existentes. Como nos dá conta BRANDON GARRETT, *Tão Big to Jail*, *op. cit.*, p. 63, a opção tradicional até então era entre acusar ou não acusar.

[38] Cf. DAVID M UHLMANN, "Deferred prosecution and non-prosecution", *op. cit.*, p. 1311 e ss.

[39] *Supra* texto e nota 16.

[40] Sobre este último ponto, veja-se o artigo de JENNIFER ARLEN, "Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecutions agreements", *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, N. 1 (2016), p. 191 e ss.

Estas medidas foram sendo revistas por diversas vezes. Uma importante revisão ocorreu em 2015, através do *Yates Memorandum*. Entre outras medidas, estabeleceu-se que, “para que uma empresa possa ser considerada para efeitos de acordo, a companhia tem de identificar as pessoas individuais envolvidas, independentemente da sua posição ou estatuto”<sup>[41]</sup>. A identificação das pessoas individuais responsáveis pela prática delituosa tem vindo a ser privilegiada pelo departamento de justiça norte-americano no contexto do crime empresarial como condição do acordo, muito embora se questione na literatura a eficácia desta “estratégia de delação” por regra dirigida aos sectores inferiores ou intermédios da empresa<sup>[42 43]</sup>.

Um dos problemas principais que tem sido evidenciado na negociação do processo relaciona-se com a avaliação da eficácia de um programa de *compliance* enquanto condição necessária e integrante do acordo. Com efeito, o sucesso do acordo está, por regra, dependente da implementação de um programa de prevenção e controlo de riscos eficaz ou de alterações a um programa já existente que potenciem a sua eficácia. Todavia, as dificuldades em avaliar a eficácia do programa, sendo um problema antigo<sup>[44]</sup>, está longe de estar resolvido ou ultrapassado. Recentemente, a Divisão Criminal do Departamento de Justiça norte-americano emitiu uma orientação, dirigida aos *prosecutors*, com critérios e parâmetros para avaliação daqueles programas construídos em torno de três

[41] Disponível em <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>.

[42] BRANDON GARRETT, “The corporate criminal as scapegoat”, *Virginia Law Review*, V. 101 (Nov. 2015), p. 1846.

[43] Nesta linha de responsabilização das pessoas individuais que ocupem altos cargos na empresa, foi

recentemente proposto pela Senadora Elizabeth Warren o *Corporate Executive Accountability Act* que procura responsabilizar criminalmente os dirigentes superiores cujas empresas sejam acusadas, condenadas ou obtenham um acordo no contexto criminal, presumindo-se a sua imprudência na condução da vida da empresa. O documento está disponível em <https://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/2019.4.2%20Corporate%20Executive%20Accountability%20Act%20Text.pdf>.

doc/2019.4.2%20Corporate%20Executive%20Accountability%20Act%20Text.pdf.

[44] Sobre esta questão, entre nós, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Compliance programs and corporate criminal compliance”, *PoLaR*, Jan/2018, p. 8 e ss.

pilares fundamentais: i) autonomia e recursos afetos ao programa; ii) estímulos e sanções disciplinares; iii) funcionamento do programa na prática<sup>[45]</sup>.

## 2.2. O *deferred prosecution agreement* no Reino Unido

Também o Reino Unido, a partir de 2014, adotou um sistema de *deferred prosecution agreement*, regulado e definido na *Section 45, Schedule 17, do Crime Courts Act 2013*. Todavia, o seu âmbito de aplicação é mais limitado. Este mecanismo aplica-se apenas a crimes de natureza económica, como por exemplo corrupção, fraude, branqueamento de capitais. Assim, a empresa pode negociar um acordo com a acusação desde que colabore processualmente, identificando, por exemplo, as pessoas individuais responsáveis pelo acontecimento criminoso<sup>[46]</sup>. Exige-se ainda que a empresa suporte os danos causados, pague uma quantia sancionatória e melhore os sistemas de *compliance* e de prevenção criminal.

Este acordo carece de aprovação judicial, diferentemente do que acontece nos EUA, sendo esta “uma das diferenças fundamentais em face do sistema americano”<sup>[47]</sup>.

No sítio do *Serious Fraud Office Department*, entidade responsável pela investigação e acusação dos crimes que admitem a possibilidade de negociação, prosseguindo uma política de transparência, expõem-se os acordos negociados nas suas cláusulas e conteúdo<sup>[48]</sup>, dando-se conta da existência de quatro acordos, um dos quais recentemente concluído<sup>[49]</sup>.

[45] Disponível em <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

[46] ALUN MILFORD, “Deferred Prosecution Agreements – the perspective from England and Wales”, *Handelsbatt Conference*, 2016 (disponível em <https://www.sfo.gov.uk/2016/09/14/>

[deferred-prosecution-agreements-perspective-england-wales/](https://www.sfo.gov.uk/2016/09/14/deferred-prosecution-agreements-perspective-england-wales/)).

[47] KATHLEEN HARRIS, “Deferred prosecution agreements in UK and US”, *Financier Worldwide* 2013 (disponível em <https://www.financierworldwide.com/deferred-prosecution-agreements-in-the-uk-and-us#.XKSQVZhKjIU>).

[48] Cf. <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>.

[49] Entre outras informações, constam também deste sítio as orientações que devem ser observadas na formalização dos acordos.

### 2.3. A *convention judiciaire d’interêt public* em França

A negociação do processo penal em troca da colaboração do ente coletivo de inspiração norte-americana tem vindo a ser importada por alguma legislação europeia, utilizando-se, a este propósito, a sugestiva expressão “*legal transplants*” por referência a instrumentos que foram pensados e construídos numa cultura jurídica distinta<sup>[50]</sup>.

A Lei Sapin II (Lei n.º 2016-1691, de 9 de dezembro de 2016, referente à transparência, combate à corrupção e modernização da vida económica<sup>[51]</sup>) inspirou-se, no que diz respeito à negociação do processo penal das pessoas coletivas, nas figuras americana e inglesa<sup>[52]</sup>. Este diploma é, contudo, inovador no amplo destaque que atribuí aos programas de *mise en conformité* no contexto da luta contra a corrupção. Entre outras obrigações, resulta da lei o dever de implementar um programa desta natureza para sociedades comerciais que tenham mais de 500 trabalhadores e para sociedades que, ainda que com menos de 500 trabalhadores, tenham um volume de negócios superiores a 100 milhões de euros (artigo 17.º). Uma outra novidade consiste na previsão da implementação de um programa de *compliance* como uma possível pena a aplicar à pessoa coletiva: estando em causa a prática pela empresa de um crime de corrupção ou de tráfico de influência, a empresa pode ser condenada a submeter-se a um programa de *mise en conformité*, sob a supervisão da *Agence de prévention de la corruption*, entidade criada por este diploma, por um período máximo de 5 anos (artigo 18 e artigo 131-39-2 do *Code Pénal*). Caso a empresa, condenada nesta pena, não implemente o programa, os seus dirigentes incorrem na prática de um crime:

[50] JULIEN WALTHER, “A Flavor of the New Times?” *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts / Questions actuelles et fondamentales du droit pénal des affaires*, Berlin: Duncker & Humblot, 2019, p. 20.

[51] Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00003355852&categorieLien=id> (consultado em 24.05.2018).

[52] Cf. JULIETTE LELIEUR, “La transaction judiciaire...”, *op. cit.*, p. 93.

o crime de omissão de implementar um programa de *compliance*, previsto no artigo 434-43-1 do *Code Pénal*.

No que diz respeito à negociação da responsabilidade penal, esta lei introduziu no *Code de Procédure Penal*, no artigo 41-1-2, um procedimento para extinção da responsabilidade criminal da pessoa coletiva através da celebração de um acordo celebrado entre a empresa e o ministério público. Acrescente-se que, diferentemente dos instrumentos norte-americanos anteriormente descritos, a negociação da responsabilidade criminal das pessoas coletivas restringe-se, no contexto francês, à luta contra a corrupção e delitos associados, como tráfico de influências ou promessa de vantagem indevida.

Este procedimento consiste na negociação de um acordo cujas cláusulas integram o que se designa por *convention judiciaire d'intérêt public* que, após validação por um juiz, põe fim à responsabilidade criminal da pessoa jurídica. A lei prevê a obrigatoriedade de duas condições que podem inclusive ser aplicadas cumulativamente, como destaca Juliette Lelieur<sup>[53]</sup>. A primeira consiste no pagamento de uma multa proporcional às vantagens retiradas da prática do crime que não pode ultrapassar 30% do volume anual de negócios, calculado a partir dos últimos três anos. A segunda obrigação consiste em a empresa se submeter, por um período máximo de três anos, a um programa de *mise en conformité*, supervisionado pela agência francesa de corrupção<sup>[54]</sup>. Os custos suportados com a intervenção da agência e com a implementação de um programa de *compliance* são suportados pela pessoa jurídica com um limite estabelecido na convenção. Ainda que a pessoa coletiva declare a sua culpabilidade (o que não é exigido), a convenção não tem efeito condenatório<sup>[55]</sup>.

[53] JULIETTE LELIEUR, "La transaction judiciaire...", *op. cit.*, p 92 e ss.

[54] JULIETTE LELIEUR, "La transaction judiciaire...", *op. cit.*, p. 93.

[55] Como nos dá conta JULIETTE LELIEUR, "La transaction judiciaire...", *op. cit.*, p. 94, durante o processo legislativo, houve uma forte pressão do sector privado no sentido de o acordo não implicar uma declaração de culpabili-

dade nem ter qualquer efeito condenatório, não implicando por exemplo qualquer inscrição no registo criminal. Também JULIEN WALTHER, "A Flavor of the New Times?"; *op. cit.*, p. 39.

É, pois, um mecanismo de diversão. É um acordo, uma transação que extingue uma eventual responsabilidade criminal.

Não obstante a sua recente implementação legal, a primeira *convention judiciaire d'intérêt public* foi assinada em 30 de outubro de 2017, entre o *Procureur National financier* e o HSBC Private Bank Suisse<sup>[56]</sup>. Até ao momento foram já assinadas cinco convenções, disponibilizadas no sítio eletrónico da Agência Francesa Anticorrupção<sup>[57]</sup>.

#### 2.4. O *Acuerdo de colaboración eficaz* na Argentina

Também a Argentina acolheu, na lei anticorrupção – a Lei 27401 –, entrada em vigor a 1 de Março de 2018, a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas privadas pela prática de crimes de corrupção, muito embora este tipo de responsabilidade já fosse conhecida deste ordenamento jurídico para outros crimes previstos em legislação extravagante<sup>[58]</sup>.

O novo regime legal, para além de estabelecer o dever de implementação de programas de *compliance*, atribuiu uma enorme relevância à conduta colaborativa da empresa. Desde logo, admite-se que a denúncia espontânea da prática criminosa, conhecida por intermédio do programa interno de investigações, exclua a responsabilidade do ente coletivo (artigo 9.º). Prevê-se ainda, no artigo 16.º, o acordo de colaboração eficaz, consagrando um regime algo diverso dos acordos previstos e celebrados nos EUA ou em França.

O acordo é negociado entre o ministério público e a pessoa coletiva. Sobre a empresa recai a obrigação de cooperar revelando informação útil e precisa para o esclarecimento do facto e para a

[56] Cf. “La première convention judiciaire d'intérêt public”, *Skadden*, 12-08-2017.

[57] O endereço eletrónico da Agência Francesa Anticorrupção é <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-din-teret-public>.

gouv.fr/fr/convention-judiciaire-din-teret-public.

[58] Sobre esta lei e o seu regime, veja-se a monografia *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresarial* (dir. NICOLÁS DURRIEU

/ RAÚL R. SACCANI), Thomson Reuters. La Ley, 2018, que integra a análise de diversos aspetos do seu regime por diversos autores (disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/08/doctrina46848.pdf>).

identificação dos seus autores individuais. Entre os deveres a assumir pelo ente coletivo contam-se ainda devolver o produto do crime, pagar uma multa, reparar o dano causado, prestar um serviço à comunidade, aplicar medidas disciplinares aos que participaram no delito, implementar um programa de *compliance* ou modificar o existente (artigo 18.º). Este acordo é controlado e validado por um juiz (artigo 19.º). Dentro do prazo de um ano, ministério público e juiz avaliam a utilidade da informação: sendo a informação útil, as medidas acordadas adquirem uma natureza equivalente à de pena e extingue-se a responsabilidade criminal. O acordo parece implicar assim um reconhecimento de responsabilidade por parte do ente coletivo – de notar ser esta uma característica singular da legislação argentina quando comparada com figuras semelhantes previstas em outros ordenamentos jurídicos, onde ao acordo, por regra, não se atribui qualquer natureza condenatória ou responsabilizante. Não sendo a informação recolhida tida como útil pelas autoridades, o processo continuará de acordo com as regras gerais.

## V. ALGUMAS REFLEXÕES: PUNIR SEM ACUSAR?

### PUNIR SEM JULGAR? AINDA PUNIR?

A responsabilidade criminal das pessoas coletivas, designadamente pela prática de crimes de natureza económica, constitui, pela complexidade da prova e pelos custos do processo penal, um espaço privilegiado para formas de negociação e de diversão, minimizando-se a legalidade na promoção processual e privilegiando-se, em seu lugar, a oportunidade.

A aceitação destes esquemas processuais para os entes coletivos, invocando-se a sua excecionalidade, na medida em que extravasam as formas processuais definidas e admitidas pela lei e constroem princípios estruturantes do processo, sempre estará condicionada, nos sistemas jurídicos dominados por uma ideia de

legalidade, a uma intervenção do legislador<sup>[59]</sup>. Com efeito, no contexto dos princípios acolhidos pelo nosso sistema processual penal, o ministério público está obrigado a abrir inquérito com a notícia do crime (artigo 241.º e ss. e 262.º, n.º 2, do CPP) e a deduzir acusação se tiver recolhido indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente (artigo 283.º, n.º 1, do CPP). Na síntese clara de Pedro Caeiro, sobre aquela autoridade judiciária recaem o dever de investigar e o dever de acusar<sup>[60]</sup>. Deste modo, neste horizonte legal e político-criminal, a negociação do *processo* das pessoas coletivas – matéria distinta do acordo sobre a sentença cuja necessidade de previsão legal é entre nós controversa depois da decisão do STJ de 10-04-2013<sup>[61]</sup> – está fora da discricionariedade que a lei reconhece ao ministério público<sup>[62]</sup>. A sua admissibilidade exige, além da expressa previsão legal, um juízo de conformidade ao texto constitucional (designadamente com o disposto no artigo 219.º, n.º 1, da CRP).

Todavia, a questão essencial que importa colocar é a de saber se este passo deve ser dado – e em que termos – pelo nosso legislador. A resposta pressupõe, desde logo, uma análise comparativa, ainda que sumária, entre vantagens e críticas imputáveis à negociação do processo e, conseqüentemente, a formas de diversão como os acordos de não investigação ou de suspensão do processo.

Em favor da negociação há evidentes vantagens cuja enumeração se torna quase dispensável, como a celeridade processual, a superação de dificuldades probatórias, a preservação da empresa

[59] Neste sentido, já anteriormente nos pronunciamos em "A negociação no processo penal das pessoas coletivas: da experiência americana à receção europeia", *RPCC* 29 (2019), p. 119 e ss. (em curso de publicação).

[60] "Legalidade e oportunidade...", *op. cit.*, p. 32.

[61] Sobre esta controvérsia, GERMANO MARQUES DA SILVA, "Plea bargaining...", *op. cit.*, p. 107 e ss.

[62] Em abstrato sobre as razões que suportam o princípio da legalidade na promoção processual veja-se, com adicionais referências bibliográficas, SUSANA AIRES DE SOUSA, "A nego-

ciação no processo penal...", *op. cit.*, p. 26, nota 20; também "The relevance of the collaboration of the corporation in criminal proceedings", *Revue Internationale de Droit Penal*, 2018, n.º 1 (em curso de publicação).

e dos interesses económicos que ela representa, a integridade do mercado afetado pelo processo penal das grandes empresas ou as consideráveis receitas públicas geradas pelas multas aplicadas.

Todavia, apontam-se reservas muito fortes a este tipo de negociação do processo penal, em particular à forma como foi acolhido no sistema americano e no sistema francês. Enunciam-se algumas dessas objeções<sup>[63]</sup>.

- a) Desde logo e em primeiro lugar, tem-se assinalado a arbitrariedade e a imprevisibilidade na aplicação dos acordos, decorrente não só do amplo poder da acusação, mas – e sobretudo – da capacidade negocial individual de cada empresa e dos efeitos económicos e sistémicos da perseguição criminal das grandes multinacionais. Deste modo, a celebração de acordos favorece, à partida, as empresas que tenham um maior poder negocial, decorrente da sua maior dimensão (e com maior capacidade financeira para suportar as quantias pecuniárias que venham a ser acordadas<sup>[64]</sup>). Em causa está o princípio da *igualdade na realização da justiça penal*.
- b) Em segundo lugar, questiona-se se a realização da justiça criminal enquanto interesse público, pertença da comunidade, é alcançada e realizada através de um acordo negociado pelas partes envolvidas, por vezes secreto e sem qualquer intervenção material de um juiz. Trata-se, assim, de uma transação em matéria penal, matéria que, por princípio, está reservada à intervenção judicial. É a “promessa” estadual de não perseguição do ente coletivo em troca de uma quantia ainda compatível com a realização da justiça penal?

[63] BRANDON GARRETT, “The global evaluation of corporate prosecutions...”, *op. cit.*, p. 59.

[64] A propósito desta desigualdade entre pequenas e grandes empresas, com referências bibliográficas adicionais, WILLIAM S. LAUFER, “The mis-

sing account of progressive corporate criminal law”, *NYU Journal of Law & Business*, Vol. 14 (2017), p. 85, nota 44.

- c) Entre as condições para a obtenção do acordo estão por regra a obrigatoriedade de cooperação e de denúncia das pessoas individuais responsáveis pela prática do crime. A empresa é assim instrumentalizada, através do aceno com a não punição, à obtenção de provas a que a entidade pública responsável pela investigação dificilmente teria acesso. Esta forma de obtenção de prova é ainda compatível com os princípios do processo penal, designadamente com o *princípio de igualdade de armas* que deve valer em processo penal? E, não prosseguindo o acordo, pode usar-se a informação obtida sem que frontalmente se viole o *privilege against self incrimination*? A utilização de informações obtidas pela empresa no âmbito de investigações internas não constitui, afinal, uma privatização do próprio processo penal<sup>[65]</sup>?
- d) Ao exigir-se a denúncia das pessoas individuais incorre-se no risco de transferir a responsabilidade coletiva para determinadas pessoas físicas, por regra quadros intermédios ou mais baixos da empresa<sup>[66]</sup>. Neste cenário, como resolver o conflito entre os interesses da pessoa coletiva e os da pessoa individual? A empresa transforma-se agora naquela que “sopra”, que “assobia” às autoridades informações criminalmente relevantes no plano da responsabilidade individual. Surge-nos, neste contexto, o conceito de “*reverse whistleblowing*” proposto por William S. Laufer<sup>[67]</sup>: já não são os trabalhadores que denunciam as práticas ilegais da empresa; os trabalhadores são agora denunciados

[65] Sobre este ponto, desenvolvidamente, MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das investigações...”, *op. cit.*, p. 124 e ss. Também ANA PAIS, “Os programas de *compliance* e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada”

e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. II, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 676.

[66] WILLIAM S. LAUFER, “Corporate Prosecution...”, *op. cit.*, p. 658 e ss.

[67] WILLIAM S. LAUFER, “Corporate Prosecution...”, *op. cit.*, p. 652.

pela empresa e acabam por assumir, de forma mais ou menos voluntária, a culpa pela realização criminosa<sup>[68]</sup>.

- e) Por fim, e sem que se esgotem todos os aspetos problemáticos, importa considerar, pela sua importância, um último ponto. A negociação da investigação, sobretudo com base no argumento de risco de não sobrevivência da empresa, será afinal a evidência inequívoca da incapacidade ou da impossibilidade da perseguição penal das (grandes) empresas, daquelas que se mostram “*Too big to fail and too big to jail*”<sup>[69]</sup>? Não serão estes acordos um reconhecimento implícito da incapacidade de as grandes pessoas coletivas responderem criminalmente?

## VI. CONCLUSÃO

A conduta de colaboração processual do ente coletivo não pode nem deve ser ignorada pelo sistema penal. Os acordos relativos a uma sentença condenatória terão especial relevância neste contexto. Maiores dúvidas suscitam os acordos de negociação do próprio processo penal, exigindo maiores cautelas na sua admissibilidade.

Com efeito, alguns modelos de diversão processual referidos neste estudo encontram-se, de algum modo, subjugados a uma finalidade de salvaguardar a empresa como agente económico. Esse “desvio” lança um *deficit* de legitimidade sobre acordos como a *CJIP*, em França, ou os *NPA* nos EUA. Ao não se exigir a culpa ou a aceitação de responsabilidade por parte do ente coletivo, prescinde-se de forma definitiva do direito penal. As medidas

[68] As últimas informações disponibilizadas pela *Sentencing Commission* norte-americana, relativas ao ano de 2017, dão conta de que, no contexto de condenações de entes coletivos, foram condenadas também pessoas físicas.

Analisando-se o grau de autoridade dessas pessoas na empresa, quase 50% das pessoas físicas condenadas são quadros inferiores da empresa. Cf. <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/>

[quick-facts/Organizational-Offenders\\_FY17.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/quick-facts/Organizational-Offenders_FY17.pdf).

[69] BRANDON GARRETT, *Too Big to Jail*, op. cit., p. 1 e s.

negociadas (e entre elas, por regra, uma quantia pecuniária) não são sanções penais, pela razão simples e imediata de que não há pena sem culpa<sup>[70]</sup>. Ao manter o acordo secreto e distante de qualquer intervenção judicial, prescinde-se ainda de uma ideia de realização comunitária de justiça penal.

Do mesmo modo, incorre-se no risco de, por via da admissibilidade destes acordos, se criarem percursos diferentes para os mesmos crimes, consoante o agente seja uma pessoa individual ou coletiva e, neste último caso, variável de acordo com a dimensão da empresa. Na base deste tratamento diferenciado, favorecedor das grandes empresas, está não a dignidade objetiva penal do facto realizado, aferida através da lesão de bens jurídicos, mas a qualidade do agente. Deste modo, estar-se-á perante uma *diversão processual de agente* e já não uma diversão processual determinada a partir da dignidade objetiva da conduta praticada.

A questão essencial para se admitir a negociação ou um acordo sobre a responsabilidade criminal da pessoa coletiva é o estabelecimento dos seus limites a partir daquela que é a função do direito penal: a tutela de bens jurídicos. Ainda que os contornos da sua admissibilidade quanto às pessoas coletivas possam variar num juízo comparativo com a pessoa física, atendendo à sua diferente natureza, há um limite inultrapassável: a defesa dos valores constitutivos do ordenamento jurídico, aquele limite a partir do qual se deixa de acreditar que o direito penal serve para proteger bens jurídicos através da responsabilidade criminal dos entes coletivos.

A existência de um espaço de diversão processual tem a seu favor fortes e decisivos argumentos, desde a recusa de um paternalismo estadual no exercício da justiça até à recuperação do agente do crime preservando-o da estigmatizante etiqueta de criminoso.

[70] Sublinhando esta ideia, JOSÉ DE FARIA COSTA, "Diversão (desjudiciari-zação) e mediação...", *op. cit.*, p. 125.

Esse espaço deve, pois, ser cultivado e afirmado dentro de um limite que, reiteramos, nos parece inultrapassável: a reafirmação do direito penal e, conseqüentemente, da confiança nos valores por si protegidos. Desde logo, a diversão cumprirá inteiramente aquele seu papel quando as exigências político-criminais sejam diminuídas, ou pela menor gravidade do crime ou pelo grau diminuto da culpa do agente. Cremos que os acordos processuais com as grandes empresas multinacionais não encontram nestas razões a sua justificação.

O desafio está em pensar em formas de diversão adequadas à pessoa coletiva e estruturadas de modo a alcançar um equilíbrio entre “gestão eficiente do sistema” e “justiça absoluta”. A eficiência do sistema imposta por uma negociação secreta, sem admissibilidade de culpa ou sem intervenção do juiz, reduzida no essencial ao pagamento de uma quantia e à “delação” de pessoas individuais, constitui abdicar da realização da justiça material. A longo prazo, o custo comunitário deste negócio revelar-se-á demasiado elevado, materializando-se num sentimento de desconfiança sobre o direito penal da empresa e sobre a responsabilidade criminal da empresa. A “troca de favores” terá um custo incomensurável: o descrédito do direito penal e o desmerecimento dos valores por si protegidos.