

2A

A

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 24 • N.º 1 • janeiro-março 2014 • DIRETOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

G-80-8



drogas ou o desarmamento de um possuidor ilícito, não pode ser proibida, e, portanto, não pode ser objeto de criminalização⁽⁹³⁾. Da mesma forma, a posse (breve) para prevenir a ocorrência de perigos ou danos é justificada e, portanto, não pode ser submetida a uma punição⁽⁹⁴⁾.

É claro que essas restrições não são suficientes para conciliar a criminalização da posse de objetos neutros ou de dupla-utilização com o princípio da culpabilidade. Como já foi dito anteriormente⁽⁹⁵⁾, nestes casos a criminalização repousa sobre o uso criminoso presumido do(s) respectivo(s) objeto(s) e sobre a perigosidade implícita do possuidor. Além das informações confiáveis indicando esta perigosidade, a criminalização deve basear-se na prova da intenção do possuidor de utilizar (os objetos) de forma criminosa⁽⁹⁶⁾. De facto, essa intenção de utilizar com o propósito específico de possuir, vincula a posse a uma conduta e, portanto, marca a diferença para com um mero delito de posse⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ A atual lei garante a defesa nestas situações, veja, por exemplo, a Diretiva Europeia 2011/92/EU de 13 de dezembro de 2011 (sobre a criminalização, *inter alia*, da posse de pornografia infantil), considerando 17 (o termo “without right” [sem direito] proporciona uma defesa em casos de “legitimate possession” [posse legítima] de autoridades na direção de procedimento criminais) ou a defesa do *common law* de posse inocente (DUBBER / KELMAN, *supra*, nota de rodapé 36, p. 269-70).

⁽⁹⁴⁾ HOCHMAYR, *supra*, nota de rodapé 1, p. 88 e ss., 91 (“Gewahrsam zur Gefahrenbeseitigung”).

⁽⁹⁵⁾ *Supra*, nota de rodapé 11 e texto principal.

⁽⁹⁶⁾ Veja a respeito FLETCHER, *supra*, nota de rodapé 8, p. 199-200; ORMEROD, *supra*, nota de rodapé 72, p. 916 (com relação à fraude, porém, com uma aplicação mais ampla).

⁽⁹⁷⁾ Veja, ainda, LAGODNY, *supra*, nota de rodapé 10, p. 334-5. DUFF, *supra*, nota de rodapé 32, p. 114, fala, nesse sentido, de posse ativa “active possession” como posse mais a intenção de fazer alguma coisa, por exemplo, reter uma droga ilegal; um fim intencional adicional corresponde à realização dos resultados da razão prática de alguém (*supra*, nota de rodapé 35).

COLABORAÇÃO COM AS AUTORIDADES REGULADORAS E DIGNIDADE PENAL (*)

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: *Nas suas relações com as entidades reguladoras, os particulares são constantemente instados a prestar-lhes colaboração e obediência para os mais diversos fins. A generalidade desses deveres recebe cobertura sancionatória, penal e sobretudo contra-ordenacional. O artigo procura sistematizar tais deveres à luz dos bens jurídicos protegidos pelas infracções correspondentes, ponderando, do mesmo passo, se deve ser reconhecida dignidade penal aos factos assim tipificados como crime ou contra-ordenação.*

PALAVRAS-CHAVE: *Colaboração com entidades reguladoras; dever de obediência; dignidade penal; regulação.*

1. É nosso propósito abordar neste estudo a temática da colaboração dos particulares com as autoridades reguladoras vista à luz da ideia rectora da dignidade penal. Os deveres de colaboração que temos em mira são aqueles cuja violação acarreta para o particular uma responsabilidade de ordem sancionatória. Por vezes, a falta de cooperação ou a desobediência fazem-no incorrer na prática de um crime, mas a consequência geralmente prevista é de natureza contra-ordenacional. Não obstante poder estar aqui em causa frequentemente uma *punição*

(*) O presente artigo corresponde a uma versão desenvolvida da comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal realizadas em Vilamoura, em Março de 2014, e promovidas conjuntamente pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses, pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público e pelo Conselho Distrital de Faro da Ordem dos Advogados.

do particular por incumprimento de determinada obrigação de cooperação ou de obediência à administração, esta dimensão substantiva do problema pouco tem despontado no âmbito das reflexões doutrinárias e jurisprudenciais que neste contexto se vêm desenvolvendo entre nós. As preocupações dirigem-se praticamente todas para a vertente processual da matéria, em especial para o relevo a atribuir ao princípio da proibição da auto-inculpação e seus efeitos mediatos sobre uma eventual condenação penal ou contra-ordenacional ditada na sequência, e como resultado, de uma sua restrição no âmbito do respectivo processo.

Pretendemos enfrentar o problema não sob esta perspectiva processual, mas antes num plano de *direito substantivo*. Considerando que o incumprimento daqueles deveres é em regra ameaçado com penas criminais ou com coimas, e que tanto a intervenção penal como a contra-ordenacional devem subordinar-se a uma lógica de protecção de bens jurídicos, procuraremos sistematizar os plúrimos deveres de cooperação e obediência que aqui despontam em função dos bens jurídicos a cuja tutela se encontram vinculadas as infracções respectivas. Tendo em conta esse enquadramento sistemático, tentaremos reflectir e tomar posição acerca da dignidade penal dos comportamentos neste contexto tipificados como infracção.

2. Como é sabido, a generalidade das infracções no âmbito deste domínio das relações de colaboração dos particulares com a administração detêm natureza contra-ordenacional. Mas mesmo que formalmente pertencentes ao direito contra-ordenacional, quando observadas de um ponto de vista material as constelações que temos em mente são parte integrante do *direito penal económico em sentido amplo*. Uma ideia, esta, que não é apenas sustentada por quem, como é o nosso caso, repudia um critério de distinção exclusivamente qualitativo entre crimes e contra-ordenações, mas que é de há muito perfilhada por autores que desde sempre se bateram por uma contraposição materialmente fundada entre ambas as espécies de infracções⁽¹⁾. Acresce que

⁽¹⁾ V. g., EBERHARD SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen, J. C. B. Mohr

são evidentes os pontos de contacto entre as violações daqueles deveres de colaboração, as falhas de supervisão das autoridades reguladoras e os espaços de oportunidade para a prática de crimes de natureza económica-financeira que por essa via se abrem. Estamos assim diante de infracções que se inscrevem bem dentro da topografia da criminalidade económica.

Uma consideração dogmática do relevo sancionatório das quebras dos deveres de obediência e de colaboração com as autoridades reguladoras sob o prisma do bem jurídico tutelado conduz-nos para o território movediço da fronteira entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Nessa medida, constitui um terreno fértil para questionar alguns dogmas acerca da compreensão da contraposição entre crimes e contra-ordenações, que entre nós ainda perduram. O que é tanto mais significativo quanto, estando em causa a relação dos particulares com a administração, deparamos com uma matéria que tradicionalmente representava o núcleo duro de uma concepção do direito das contra-ordenações como direito de pura ordenação social, isto é, desprovido de uma função de tutela de bens jurídicos susceptíveis de protecção penal.

Daí a pertinência de encarar o problema sob a óptica da dignidade penal⁽²⁾, nos termos da qual, pressuposta a relevância constitucional do bem jurídico objecto de protecção (art. 18.º-2 da CRP)⁽³⁾, será de ava-

(Paul Siebeck), 1950, p. 20 e s., e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro", *RPCC*, 3/2012, p. 524 e s.

⁽²⁾ Sobre esta caracterização da dignidade penal e do dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, desenvolvidamente, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Recompreensão da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional* (dissertação de doutoramento apresentada à FDUC em 2013, não publicada), §§ 27. a 32.

⁽³⁾ Assim, pela doutrina largamente dominante entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português", *RLJ*, 116.º ano, 1983-1984, n.º 3718, p. 11, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, "A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime", *RPCC*, 2/1992, p. 173 e ss.

liar se a ofensa para prevenção da qual se admite à partida como conveniente o recurso ao direito penal tem, por si ou através de uma cumulação em larga escala ⁽⁴⁾, um quilate tal que justifique, numa relação de justa medida, uma reacção jurídica sancionatória tão pesada como é aquela inerente a uma intervenção penal. Uma categoria de legitimação material da intervenção punitiva que, a nosso ver, possui assim um carácter exclusivamente negativo. A montante da dignidade penal, como parâmetro de legitimação material que funda pela positiva uma intervenção penal, aparece-nos o dever estadual de protecção de bens jurídicos fundamentais, assente no princípio do Estado de direito. Critério esse que confere um fundamento legitimador tanto à criminalização como à tipificação de contra-ordenações. A dignidade penal, por seu turno, visa seleccionar, pela negativa, os comportamentos que podem dar entrada ou não na esfera criminal. Nestes termos, não pode ser conferida relevância criminal a factos desprovidos de dignidade penal, mas um comportamento digno de pena pode ser legalmente qualificado como contra-ordenação.

O que vai dito implica que o reconhecimento de dignidade penal ao incumprimento pelo particular de um certo dever de cooperação com o regulador está longe de ter de significar que o mesmo deva necessariamente possuir natureza criminal. Aliás, em geral, o sistema constitucional convive perfeitamente bem com uma sua tipificação como contra-ordenação. Desta forma, as considerações posteriores em prol da afirmação de dignidade penal deste tipo de comportamentos de modo

⁽⁴⁾ Na linha de LOTHAR KUHLEN, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324)", *GA*, 1986, p. 389 e ss., ROLAND HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 182 e ss., WOLFGANG WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 318 e ss., e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 6.º Cap., § 72 e ss. Contra, como exemplo paradigmático da corrente doutrinal de oposição ao pensamento cumulativo, AUGUSTO SILVA DIAS, "«What if everybody did it?»: Sobre a «(in)capacidade de ressonância» do direito penal à figura da acumulação", *RPCC*, 3/2003, p. 303 e ss.

algum devem ser entendidas como uma espécie de *plaidoyer* em favor da sua criminalização.

De todo o modo, na medida em que apontem para uma afirmação de dignidade penal, tais considerações abrem pistas para reflexões de diversa ordem, designadamente, sobre a eventual pertinência da criminalização de alguns desses factos actualmente qualificados como contra-ordenação, sobre a admissibilidade da extraordinária severidade das sanções contra-ordenacionais aplicáveis e sobre os princípios constitucionais a mobilizar para a avaliação das questões de constitucionalidade frequentemente suscitadas em torno de infracções contra-ordenacionais previstas neste domínio.

Em síntese, abordaremos três grandes constelações: *i)* a violação do dever de obediência genericamente previsto em numerosos diplomas legais, umas vezes assumindo natureza penal, noutras contra-ordenacional; *ii)* o incumprimento de deveres de colaboração mais circunstanciados, correspondentes a obrigações de prestar declarações ou informações, sob a forma oral ou escrita, e a obrigações de entregar documentos; e *iii)* o impedimento ou obstrução ao exercício das funções de fiscalização e supervisão pelas autoridades administrativas.

Veremos que estes deveres de colaboração com as entidades reguladoras e com as autoridades de fiscalização sob tutela governamental assumem feições e propósitos da mais variada ordem, ora caindo na esfera penal, ora na contra-ordenacional, sendo absolutamente insondáveis as razões pelas quais o legislador nuns casos enveredou por uma solução penal e noutros, materialmente equivalentes, seguiu antes uma opção contra-ordenacional. Se isto é sinal de uma pouco recomendável cacofonia legislativa, é também por seu turno indício de que as escolhas contra-ordenacionais resultarão não tanto, provavelmente, da ausência de dignidade penal, mas mais da desnecessidade de pena e de uma intenção de manter o poder sancionatório relativo às falhas de cooperação justamente nas mãos da autoridade a quem ela deve ser prestada.

3. A falta de colaboração dos privados com as autoridades reguladoras no seu sentido mais genérico de *desobediência pura e simples*

a uma ordem ou a uma dada decisão ou determinação da entidade administrativa pode tanto implicar responsabilidade criminal, como contra-ordenacional.

Por exemplo, enquanto o não acatamento de ordens legítimas ditas pela CMVM no âmbito das suas funções de supervisão faz incorrer o desobediente em crime de desobediência ⁽⁵⁾, já o não cumprimento de decisões ou determinações do Banco de Portugal ⁽⁶⁾ ou da ANA-COM ⁽⁷⁾ corresponde à prática de uma contra-ordenação. A hibridiz do sistema legal nesta matéria vai ao ponto de prever uma responsabilidade alternativa penal ou contra-ordenacional consoante o agente seja uma pessoa individual ou uma pessoa colectiva. É o que se verifica no caso de desobediência a ordens ou decisões da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, com a estranha particularidade de a via penal poder ser accionada mais facilmente que a contra-ordenacional. Assim, se a pessoa colectiva responde por contra-ordenação apenas em caso de incumprimento grave ou reiterado de decisão da ERSE ⁽⁸⁾, para que os seus administradores respondam por crime de desobediência qualificada já é suficiente que a sua representada não cumpra as ordens ou decisões que lhe hajam sido dirigidas pela ERSE, independentemente, portanto, da sua gravidade ou reiteração ⁽⁹⁾.

Nos casos ora em consideração, o tipo legal penal ou contra-ordenacional prevê uma genérica possibilidade de responsabilização por desobediência sem densificação da concreta conduta proibida ou imposta ao receptor da ordem ⁽¹⁰⁾, muitas vezes até em situações em que o não

⁽⁵⁾ Art. 391.º-1 do CVM.

⁽⁶⁾ Art. 211.º, o), do RGICSF.

⁽⁷⁾ Arts. 113.º-3, bbb), da Lei n.º 5/2004, e 49.º-1, ff), da Lei n.º 17/2012.

⁽⁸⁾ Arts. 28.º-1, k), e 29.º-1, m), da Lei n.º 9/2013.

⁽⁹⁾ Art. 38.º-2 da Lei n.º 9/2013.

⁽¹⁰⁾ Considerando o contexto em que nos movemos, deveremos aqui abstrair-nos daquelas hipóteses normativas em que do que se trata é de constranger um indivíduo à realização de um certo acto pessoal tipicamente concretizado (v. g., o crime de recusa à submissão a um exame para detecção de álcool ou de substâncias psicotrópicas previsto no n.º 3 do art. 152.º do CE) ou de proibir certa conduta a alguém ou a um conjunto indeterminado de pessoas (v. g., os distintos tipos legais de crime plasmados nos n.ºs 2

acatamento pode ser suprido por uma actividade administrativa executiva. Se bem vemos a questão, o que neles parece legitimar a punição da desobediência é a necessidade de evitar que as determinações legítimas das autoridades estaduais destinadas a produzir efeitos numa dada situação da vida acabem por não materializar-se em virtude da inércia ou oposição do destinatário do mandado ⁽¹¹⁾.

Deverá falar-se por isso aqui em *autonomia intencional do Estado* ⁽¹²⁾, logo no seu sentido originário, cunhado por António de Almeida Costa, de tutela da legalidade ⁽¹³⁾, para satisfação do anseio de real concretização da vontade *legítima* do Estado. Constitui esta uma condição irrenunciável da responsabilização por desobediência, de modo a que em momento algum deixe ela de ter como referente fundamental a *efectiva* legitimidade material do acto ordenado ⁽¹⁴⁾. Só assim, além disso, a tipificação penal ou contra-ordenacional pode evitar cair numa constitucionalmente inadmissível ⁽¹⁵⁾ imposição da obediência pela obediência. É a legitimidade material da ordem que garante a vincu-

a 4 do art. 88.º do CPP). Nestes casos o crime de desobediência não passa de uma “muleta” que serve de apoio à previsão da pena criminal, mas não desempenha qualquer papel de relevo na definição do conteúdo do facto típico. Na medida em que o próprio desenho típico dê a perceber que o bem jurídico primariamente tutelado é aquele que se encontra sob directa ameaça do acto ou omissão *personais* do destinatário da previsão legal ou da ordem legítima a que essa previsão se refere pode porventura falar-se em *ilícitos de desobediência em sentido impróprio*.

⁽¹¹⁾ Cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, Antes do art. 347.º e art. 348.º, § 1 e ss.

⁽¹²⁾ Assim, na doutrina, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Art. 348.º, NUNO BRANDÃO, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 276 e ss., e FRANCISCO BORGES, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 51 e ss.; e na jurisprudência, por muitos outros, o Ac. do STJ n.º 5/2009, in: *DR-I Série*, de 19-03-2009, p. 1762 e ss.

⁽¹³⁾ ANTÓNIO DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, BFDUC, 1984, p. 140.

⁽¹⁴⁾ NUNO BRANDÃO, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 276 e ss.

⁽¹⁵⁾ IVO APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 204 e s.

lação da obediência a uma finalidade, mesmo que mediata, de prossecução de um interesse juridicamente reconhecido e permite obstar a que o tipo legal de desobediência seja perversamente transformado num puro instrumento de adestramento da obediência dos cidadãos.

Em todo o caso, sob pena de se incorrer na tautologia que seria punir a desobediência para proteger a legalidade *qua tale*, deve esta ideia de autonomia intencional ser penetrada por uma dimensão adicional. Concretamente, por uma exigência de *natureza funcional*. De acordo com ela (só) será legítimo ameaçar o particular com uma responsabilização criminal ou contra-ordenacional por desobediência na medida em que a materialização da legalidade sem a sua colaboração não seja possível ou careça de uma mobilização de recursos estaduais quase impraticável ou que não seja razoável exigir ao Estado. É, de resto, a esta perspectiva de eficiência e praticabilidade da acção estadual que a nossa jurisprudência constitucional e comum vem precisamente apelando para sustentar uma leitura do ilícito criminal de desobediência compatível com o princípio da necessidade de pena ⁽¹⁶⁾.

Aliada esta exigência de salvaguarda da capacidade funcional e eficiência do aparelho estadual à ideia genética da autonomia intencional do Estado como “«legalidade administrativa»” ⁽¹⁷⁾ poderá perder-se em pureza conceptual, mas ganhar-se-á, seguramente, em legitimação material. Pois para que do incumprimento da ordem deva poder legitimamente resultar uma responsabilização a título de desobediência por força de cominação legal não bastará que a ela se siga um estado anti-jurídico, sendo sempre de exigir que não possa razoavelmente exigir-se ao Estado que o ultrapasse ou remova através de uma acção de feição executiva. Posta a tónica nesta vertente funcional, sobressai a natureza *cumulativa* do tipo de desobediência ⁽¹⁸⁾. Nas situações em que a administração possa substituir-se ao particular, via de regra justifica-se

⁽¹⁶⁾ Cf. os Acs. do TC n.º 274/98 (*AcsTC 39.º*, p. 591 e ss.) e do STJ n.º 2/2013 (*DR-I Série*, de de 08-01-2013, p. 77 e ss.).

⁽¹⁷⁾ A. DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, p. 144 e s.

⁽¹⁸⁾ Cf. *supra*, nota 4.

activar a responsabilização por desobediência não porque a administração não esteja em condições de, no caso concreto, fazer valer a legalidade, mas porque, pura e simplesmente, não teria capacidade de o fazer pelos seus próprios meios se, como *provavelmente* aconteceria na *ausência* de ameaça legal sancionatória, se visse na contingência de colocar a sua máquina executiva no terreno para levar de vencida a inércia ou a oposição *da generalidade* dos destinatários das ordens administrativas que a cada passo emana ⁽¹⁹⁾.

Como vimos, este interesse na manutenção da capacidade funcional da estrutura estadual para dar satisfação à aspiração de materialização da vontade legítima estatal que dá corpo ao bem jurídico supra-individual da autonomia intencional do Estado é prosseguido não só por ilícitos penais que se consubstanciam numa *genérica* previsão legal de responsabilização penal em caso de incumprimento de ordens legítimas da autoridade administrativa (v. g., o do art. 391.º-1 do CVM), como também ainda por ilícitos contra-ordenacionais de conteúdo e sentido em tudo similares (v. g., o constante do art. 211.º, o), do RGICSF). Quanto a estes, não haverá razão para negar a dignidade penal dos factos neles englobados quando se entenda serem dignos de pena factos que compõem delitos penais substancialmente equivalentes.

Assim, se alguma ilação é possível retirar das referidas disparidades legais em matéria de desobediência às entidades reguladoras é que nenhum claro sinal será possível delas extrair quanto à dignidade penal desta pluralidade de infracções à luz da protecção da autonomia intencional do Estado. A única coisa que parece poder entender-se é que, sendo relativamente homogéneo o conteúdo de ilicitude destas várias infracções de desobediência, a conclusão quanto à existência de dignidade penal válida para uma certa fenomenologia típica deverá esten-

⁽¹⁹⁾ Substancialmente nestes termos, o Ac. do TC n.º 274/98, *AcsTC 39.º*, p. 595: “A opção de criminalização tomada pelo legislador quanto ao não acatamento da ordem de demolição por parte do infractor não se afigura violadora dos princípios da justiça e da proporcionalidade. Na verdade, a Administração não tem de manter serviços dimensionados para proceder sistematicamente a tais demolições”.

der-se às demais constelações cujo substrato seja materialmente idêntico, tenham elas estatuto penal ou contra-ordenacional.

4. Muito comum no direito português da regulação é a qualificação como infracção, quase sempre sob a forma de contra-ordenação, do incumprimento de deveres de colaboração consubstanciados na *prestação de informações*, escritas e orais, que além de não poderem ser negadas, devem ser completas, verdadeiras e exactas, e na *disponibilização de documentos*. Estas exigências podem ser impostas aos agentes dos vários sectores económicos em diferentes contextos, que importa discernir.

4.1. Poderá dar-se desde logo o caso de estes deveres de prestação de informações ou de entrega de documentos físicos ou digitais se encontrarem legalmente previstos num contexto *vocacionadamente sancionatório*.

É o que se prevê no art. 18.º do Regime Jurídico da Concorrência. De acordo com este preceito, “no exercício dos seus poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência (...) pode, designadamente: a) interrogar a empresa e demais pessoas envolvidas, pessoalmente ou através de representante legal, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos; b) inquirir quaisquer outras pessoas (...) bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação”. Constitui contra-ordenação a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios, bem como a não colaboração solicitada nos termos daquele art. 18.º do RJC ⁽²⁰⁾. Percebe-se, pois, que a colaboração que aqui se impõe aos agentes económicos e demais pessoas em geral é prevista pelo legislador no pressuposto de que a Autoridade da Concorrência se encontra no exercício de poderes sancionatórios, isto é, no âmbito de

⁽²⁰⁾ Art. 68.º, n.º 1, h) e j), do RJC.

um processamento contra-ordenacional, com vista ao apuramento de possíveis contra-ordenações traduzidas em práticas restritivas da concorrência.

Mesmo sendo este o cenário que se encontra em pano de fundo, não consta da Lei da Concorrência qualquer travão explícito a uma exigência de cooperação dirigida aos próprios visados pela investigação ditada pela Autoridade da Concorrência no exercício dos seus poderes sancionatórios. Isto apesar de ser evidente que numa boa parte dos casos será inevitável que a abordagem empreendida pela Autoridade da Concorrência ocorra num momento em que, aos olhos desta, tais pessoas serão já tidas como suspeitas. Realidade que, sendo por demais conhecida e debatida no foro e na doutrina, não pôde deixar de estar presente no espírito do legislador na hora de sopesar o interesse público no esclarecimento de factos anticoncorrenciais e de apuramento das respectivas responsabilidades contra-ordenacionais e o possível interesse dos particulares, pessoas individuais e colectivas, de não contribuírem para uma sua eventual futura condenação. Nesta ponderação, optou decididamente o legislador português, sob óbvia influência comunitária, pela prevalência do interesse na descoberta da verdade material e da realização da justiça contra-ordenacional.

Na senda da já antiga jurisprudência Orkem do TJUE ⁽²¹⁾ e com o aval prévio conferido pelo nosso Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 461/2011, entendeu o legislador nacional, na Lei n.º 19/2012 que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência, determinar para as “empresas e demais pessoas envolvidas” uma obrigação de entrega à Autoridade da Concorrência de *documentos* tidos como convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos. Vai aqui inerente uma derrogação da prerrogativa contra a auto-inculpação que tende a ser vista como constitucionalmente admissível ⁽²²⁾. Significa isto que,

⁽²¹⁾ Cf. *Orkem c. Comissão*, Acórdão do TJ de 18-10-1989 (Proc. 364/87), n.º m. 34.

⁽²²⁾ Assim, o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291 e ss.), e PAULO DE SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracção às regras de concorrência”, in: Maria Fernanda Palma *et al.* (coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 220 e ss., e “As garantias de defesa no

detenha ou não a condição processual de arguido, o destinatário da determinação de entrega de documentação com relevo para o apuramento dos factos objecto de procedimento aberto pela Autoridade da Concorrência no uso dos seus poderes sancionatórios não poderá subtrair-se à sua disponibilização à Autoridade da Concorrência mesmo que receie ou tenha até a certeza de que daí resultará a sua responsabilização contra-ordenacional. Concomitantemente, caso se recuse a colaborar será, em princípio, improcedente a invocação da prerrogativa constitucional contra a auto-inculpação para obstar a uma punição contra-ordenacional por falta de cooperação.

Este dever de colaboração não se fica, todavia, por aqui, continuando a valer mesmo quando a Autoridade da Concorrência entenda “interrogar a empresa e demais pessoas envolvidas”, estando a “não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas” sujeita a ameaça contra-ordenacional. Embora também aqui não haja na Lei da Concorrência uma salvaguarda explícita do princípio da proibição da auto-inculpação, agora na sua dimensão específica e autónoma de direito ao silêncio propriamente dito, há consenso, na jurisprudência comunitária e nacional e na doutrina, de que seria constitucionalmente inaceitável levar o dever de colaboração a um extremo que representasse um sacrifício da garantia fundamental da possibilidade de recusa de *declarações* sobre os factos que enformam a suspeita. Deste modo, quando a Autoridade da Concorrência haja já formado uma convicção de suspeita fundada sobre as pessoas envolvidas nos factos objecto de indagação, caso queira tomar-lhes declarações deverá constituir-las arguidas⁽²³⁾ — estatuto processual que pode ainda ser adquirido

processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 136 e ss. Contra, todavia, AUGUSTO SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 68 e ss. e 74 e ss.

⁽²³⁾ Cf. SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 75 e s., AUGUSTO SILVA DIAS, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 255 e s.,

sob expressa solicitação dos visados, mediante recurso ao art. 59.º-2 do CPP⁽²⁴⁾ — e será lícita a recusa de colaboração.

Todo este contexto sobre o qual gravitam os tipos contra-ordenacionais a que nos vimos referindo é bem ilustrativo de quais os interesses a cuja prossecução se encontram eles afectos. Considerando a sua íntima conexão com a tarefa cometida à Autoridade da Concorrência de instrução probatória das infracções contra-ordenacionais anticoncorrenciais tipificadas na Lei da Concorrência, resulta claro que o bem jurídico por eles protegido é a *realização da justiça*. Assim, tal como vários delitos penais se dirigem à tutela da realização da justiça no âmbito contra-ordenacional, como é o caso dos crimes de falsidade de testemunho⁽²⁵⁾, de simulação de contra-ordenação⁽²⁶⁾ e eventualmente ainda de denúncia caluniosa⁽²⁷⁾, também as contra-ordenações tipificadas nas alíneas *h)* e *j)* do n.º 1 do art. 68.º do RJC estão ao serviço da protecção deste interesse supra-individual que é a função estadual de realização da justiça⁽²⁸⁾, neste caso na sua vertente probatória⁽²⁹⁾.

PAULO DE SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência...”, p. 138 e s., e, tanto quanto parece, em *obiter dictum*, o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 292).

⁽²⁴⁾ Nesta direcção, o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291 e s.).

⁽²⁵⁾ Art. 360.º do CP — considerando este preceito aplicável ao processo contra-ordenacional, Figueiredo Dias, *in: Código Penal: Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, 1993, p. 535, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, Art. 360.º, n.º m. 10.

⁽²⁶⁾ Art. 366.º-2 do CP.

⁽²⁷⁾ Art. 365.º-2 do CP, caso se entenda, o que porém está longe de ser líquido, que a realização da justiça constitui um bem jurídico tutelado pelo crime de denúncia caluniosa — assim, o Ac. do STJ n.º 8/2006, *in: DR-I Série*, de 28-11-2006, p. 8114 e ss., mas em sentido negativo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 365.º, § 16 e ss.

⁽²⁸⁾ Sobre a realização da justiça *como função* do Estado que configura um bem jurídico colectivo, A. MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Antes do art. 359.º e Art. 360.º, § 2.

⁽²⁹⁾ Cf. COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 366.º, § 6, e NUNO BRANDÃO, “Inverdades e consequências: considerações em favor de uma concepção subjectiva da falsidade de testemunho”, *RPCC*, 3/2010, p. 499 e ss.

4.2. Os tipos de colaboração a que nos referimos no ponto anterior são ainda moeda corrente em muitos outros domínios regulatórios, tanto da esfera da regulação económica, como da regulação social. Além de outras mais, no exercício das suas actividades de supervisão ou de fiscalização administrativa deverão beneficiar de tais formas de cooperação entidades como a CMVM⁽³⁰⁾, o Banco de Portugal⁽³¹⁾, a Autoridade da Concorrência⁽³²⁾, o Instituto de Seguros de Portugal⁽³³⁾, a ANACOM⁽³⁴⁾, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos⁽³⁵⁾, a Entidade Reguladora da Saúde⁽³⁶⁾, a Autoridade Tributária⁽³⁷⁾ ou a ACT — Autoridade para as Condições do Trabalho⁽³⁸⁾.

As múltiplas prescrições legais que, sob as mais variadas formas, estabelecem deveres de informar, de informar de modo verdadeiro, exacto e completo e de facultar elementos e documentos à autoridade administrativa recebem, sem excepção, o apoio de disposições de natureza sancionatória. Na esmagadora maioria dos casos essas normas detêm natureza contra-ordenacional, sendo frequente a ameaça com coimas com limites máximos extraordinariamente elevados⁽³⁹⁾. Numa situação, pelo menos, o legislador optou, todavia, por criminalizar a falta de colaboração das pessoas sujeitas a fiscalização: no âmbito laboral incorre no crime

⁽³⁰⁾ Arts. 389.º-1, *b)* e *c)*, do CVM.

⁽³¹⁾ Art. 211.º, *g)*, *p)* e *r)*, do RGICSF.

⁽³²⁾ Art. 68.º-1, *i)* e *j)*, do RJC.

⁽³³⁾ Arts. 212.º, *b)*, e 213.º, *g)* e *h)*, do Decreto-Lei n.º 94-B/98.

⁽³⁴⁾ Arts. 108.º, 109.º, 112.º e 113.º-2, *mm)*, da Lei n.º 5/2004; e Arts. 45.º, 46.º e 49.º-1, *k)*, da Lei n.º 17/2012.

⁽³⁵⁾ Arts. 7.º e 28.º, *l)*, *m)* e *n)*, da Lei n.º 9/2013.

⁽³⁶⁾ Art. 51.º-1, *c)* e *d)*, do Decreto-Lei n.º 127/2009.

⁽³⁷⁾ Arts. 110.º, 111.º e 113.º do RGIT.

⁽³⁸⁾ Arts. 547.º e 552.º do CT.

⁽³⁹⁾ *V. g.*, “a prestação de informação à CMVM que não seja completa, verdadeira, actual, clara objectiva e lícita ou a omissão dessa prestação” constitui contra-ordenação muito grave, punível, no caso de pessoa colectiva, com coima entre € 25.000 e € 5.000.000 (arts. 389.º-1, *c)*, e 388.º-1, *a)*, do CVM); e a “falta de colaboração com a ERSE no exercício das funções desta” é punível, tratando-se de pessoa colectiva, com coima que pode ascender a 10% do respetivo volume de negócios (arts. 28.º-1, *m)*, e 32.º-2 da Lei n.º 9/2013).

de desobediência qualificada o empregador que não apresentar à administração documento ou outro registo por esta requisitado que interesse ao esclarecimento de qualquer situação laboral⁽⁴⁰⁾.

Entre estes deveres sobre os quais ora nos detemos e aqueles, enunciados imediatamente supra, que valem no âmbito do exercício dos poderes sancionatórios da Autoridade da Concorrência há uma significativa zona de sobreposição. É ela formada por todas as diversas modalidades de cooperação legalmente previstas que possam ser impostas no quadro das funções de supervisão ou de fiscalização levadas a cabo pelas autoridades administrativas quando estas assumam um vezo já marcadamente sancionatório, suposta, claro está, a integração do procedimento contra-ordenacional nestas missões de controlo administrativo⁽⁴¹⁾. Não seria, porém, exacto assimilá-las à mencionada função de realização da justiça na medida em que os deveres de colaboração com as entidades reguladoras a que os particulares se encontram sujeitos, *ope legis* ou na sequência de específica determinação da autoridade administrativa suportada numa dada autorização legal, transcendem largamente o estrito plano do processamento sancionatório.

⁽⁴⁰⁾ Art. 547.º, *b)*, do CT — é este um exemplo mais de um crime de desobediência que se reconduz à categoria dos ilícitos de desobediência em sentido impróprio proposta supra (nota 10).

⁽⁴¹⁾ Apontando também para a integração da vertente sancionatória na actividade de vigilância conatural à regulação, *i. e.*, de supervisão, VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 36 e s., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, *in: Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 22 e ss., FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, *in: Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 77 e ss., e o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcçTC* 82.º, p. 288); contra, todavia, distinguindo supervisão e sancionamento, LUÍS CATARINO, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 287 e s., e EDUARDO PAZ FERREIRA / LUÍS SILVA MORAIS, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, *in: Paz Ferreira et al.* (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 31 e s.

No âmbito da regulação económica, a função de garante do funcionamento regular e concorrencial dos mercados que às autoridades reguladoras é cometida para cumprimento da responsabilidade pública de garantia ⁽⁴²⁾ implica para estas a realização em permanência de actividades de controlo e monitorização do funcionamento dos mercados. Considerando, por exemplo, o mercado de capitais, e acompanhando Frederico Costa Pinto, “a supervisão, enquanto actividade constante de acompanhamento do mercado” ⁽⁴³⁾ desdobra-se em quatro segmentos, autonomizados “em função do seu objecto: a supervisão organizativa, a supervisão prudencial, a supervisão comportamental e a vertente sancionatória” ⁽⁴⁴⁾. Com isto logo se intui como seria insuportavelmente redutor pretender reconduzir o vastíssimo e diversificado leque de tarefas confiadas às entidades reguladoras englobadas na ideia geral de *supervisão* à missão que também nesse contexto deve ser desempenhada pelas autoridades administrativas independentes de investigação e sancionamento de factos com relevo contra-ordenacional. Os deveres de colaboração com a supervisão que sobre os regulados impendem visam pois cumprir finalidades muito mais amplas do que a simples instrução de processos sancionatórios.

Esta mesma perspectiva deve valer noutros domínios que não apenas os da regulação e supervisão dos sectores vitais da actividade

⁽⁴²⁾ Sobre o paradigma do Estado Garantidor e a responsabilidade pública de garantia que lhe é inerente, cf., por muitos outros, CLAUDIO FRANZIUS, “Der «Gewährleistungsstaat» — ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, *Der Staat*, 2003, p. 493 e ss.; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 166; FRIEDRICH SCHOCH, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, p. 243 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, “O Estado Garantidor. Claros — escuros de um conceito”, in: Avelãs Nunes / Jacinto Coutinho (coords.), *O Direito e o Futuro — o Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 571 e ss.; e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 22 e ss.

⁽⁴³⁾ FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado...”, p. 78.

⁽⁴⁴⁾ FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado...”, p. 78.

económica e financeira. Sem que se queira prolongar excessiva e desnecessariamente uma caracterização das tarefas de controlo administrativo que é em si mesma por demais evidente, atente-se ainda no exemplo das inspecções tributárias. Por norma, objectivo primário das fiscalizações empreendidas pela Administração Tributária não é o de indagar possíveis infracções penais ou contra-ordenacionais cometidas pelos contribuintes, mas apurar a sua situação tributária e liquidar os impostos que porventura se encontrem em falta. Para que tal tarefa possa desenrolar-se em condições de eficácia é imprescindível a colaboração das pessoas fiscalizadas ⁽⁴⁵⁾, mediante prestação de informações, entrega de documentos, apresentação da contabilidade, etc. Tudo exigências que as leis tributárias impõem à sociedade e que o RGIT reforça com a cominação de coimas para a sua violação ⁽⁴⁶⁾. Se da actividade fiscalizadora puder resultar a imputação de crimes ou contra-ordenações fiscais é essa, em todo o caso, uma consequência reflexa.

Pelo que vem de se expor, percebe-se que a colaboração que os particulares devem prestar às autoridades administrativas como elemento imprescindível para viabilizar o exercício das missões de supervisão e de fiscalização que a elas são confiadas ⁽⁴⁷⁾ de modo algum pode ser identificada apenas com a necessidade de garantir as condições necessárias ao desenvolvimento de procedimentos de natureza sancionatória que a essas entidades cabe igualmente desempenhar.

Por seu turno, a teleologia que orienta e permite conceber os inúmeros e plurifacetados concretos deveres de cooperação postos a cargo dos particulares num quadro dotado de um mínimo de coerência sistemática é precisamente a prossecução de tais missões. A colaboração que aos particulares é ou pode ser exigida seria incompreensível e materialmente injustificada se não fosse ela perspectivada à luz destas

⁽⁴⁵⁾ SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 43 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Cf. SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 44 e ss., e Ac. do TC n.º 340/2013 (*AcsTC* 87.º, p. 342 e ss.).

⁽⁴⁷⁾ Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.º, p. 347 e ss.

funções de eminente interesse público cuja prossecução é cometida às autoridades administrativas. Plano em que avulta ainda o *topos* da responsabilidade social dos agentes económicos inerente à ideia-chave de partilha de responsabilidades que figura como pedra-de-toque do paradigma do Estado de Garantia ⁽⁴⁸⁾, aliás frequentemente invocada para relativizar a força que aqui deve ser reconhecida ao princípio *nemo tenetur* ⁽⁴⁹⁾. É esta irredutível imbricação dos deveres de colaboração dos privados nas funções de supervisão e de fiscalização que à administração cumpre exercer que *legitima* não só a sua imposição como ainda necessariamente a punição, penal ou contra-ordenacional, da sua violação.

Numa economia de mercado como a actual, global, ultraliberalizada e marcada por assimetrias abissais de informação e de poder económico entre os múltiplos tipos de agentes económicos que se cruzam no mercado, ninguém poderá hoje seriamente duvidar da *absoluta imprescindibilidade* das funções estaduais de supervisão e de fiscalização do regular funcionamento dos mercados e dos comportamentos das empresas que neles operam. Isto a um ponto em que se justifica conceber o Estado fundamentalmente como Estado Garantidor. A responsabilidade pública de garantia que dá corpo ao actual paradigma da actuação do Estado no mundo da economia e das relações económicas cumpre-se basicamente através da regulação e da supervisão. E assim, tal como entende o nosso Tribunal Constitucional, devem as funções de regulação, supervisão e fiscalização da actividade económica ser encaradas como “funções de *excepcional relevância pública*” ⁽⁵⁰⁾. Destarte, a supervisão representa actualmente um bem que agrega e confere unidade de sentido a dimensões de interesse público da mais variada e elevada ordem, exprimindo assim um valor social suficientemente denso e

⁽⁴⁸⁾ Cf. *supra*, nota 42.

⁽⁴⁹⁾ Cf. FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado...”, p. 97, PAULO DE SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracção às regras de concorrência”, p. 222, e Acs. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291) e n.º 78/2013 (*AcsTC* 86.º, p. 347 e ss.).

⁽⁵⁰⁾ Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.º, p. 348 (it. nosso).

materialmente relevante para abrir caminho à sua compreensão como bem jurídico colectivo ⁽⁵¹⁾.

É a esta luz que cremos deverem ser perspectivados os deveres de colaboração que aos particulares são a todo o momento exigidos sob ameaça contra-ordenacional no âmbito da supervisão das actividades sujeitas à regulação económica e social do Estado Garantidor ⁽⁵²⁾. Estando em causa a tipificação contra-ordenacional da violação do dever de prestar informações à administração, do dever de fornecer esclarecimentos fidedignos dos factos objecto de indagação, do dever de facultar documentos, relatórios, registos *etc.*, o *bem jurídico* que através desses tipos contra-ordenacionais se visa *imediatamente* proteger é a *função estadual de supervisão* das actividades económicas objecto dos esquemas estaduais de regulação económica e de regulação social.

4.3. Uma ponderação sobre a dignidade penal de violações de deveres de informação e de disponibilização de dados e documentos com significado contra-ordenacional implica, consoante os domínios normativos em que eles emanam, uma sua consideração em função das finalidades imediatas de tutela características dos tipos contra-ordenacionais desta espécie. Via de regra, por eles procura-se *prima facie* assegurar a protecção ora do interesse colectivo da realização da justiça (*supra*, 4.1), ora do bem jurídico supra-individual da realização da função de supervisão (*supra*, 4.2). Dado todo o contexto que assoma em fundo, dando corpo ao paradigma do Estado Garantidor, e os plúrimos e eminentes interesses individuais e supra-individuais ao serviço dos quais se encontram a realização da justiça contra-ordenacional e o

⁽⁵¹⁾ Numa conclusão similar, já KLAUS TIEDEMANN, “La recente evoluzione del diritto penale dell’economia in Germania con particolari riferimento al diritto penale delle società commerciali”, in: C. Pedrazzi (org.), *Comportamenti Economici e Legislazione Penale*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 113, considerando, em oposição expressa às antigas concepções de Goldschmidt e de Wolf, o funcionamento da administração como um verdadeiro e próprio bem jurídico.

⁽⁵²⁾ Cf. o Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.º, p. 347 e ss.

exercício da supervisão ⁽⁵³⁾, temos como incontornável uma *admissão de princípio da dignidade penal das ofensas a estes bens jurídicos supra-individuais* consubstanciadas em factos como a não prestação de informações às entidades reguladoras, a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas ou a não disponibilização de elementos informáticos ou de documentação cuja entrega lhes seja devida.

O relevo constitucional *per se* da realização das funções da justiça e da supervisão, bem como a desestabilização do seu funcionamento e a deturpação das avaliações e decisões que no seu âmbito têm lugar que tais ofensas são susceptíveis de gerar constituem penhor seguro da sua dignidade penal, atenta a autónoma e elevada danosidade social que lhes é inerente.

Prova provada disto mesmo são os brutais custos sociais e financeiros, para a comunidade e para o Estado, resultantes das, agora indistigáveis, *falhas continuadas de supervisão* induzidas pela quebra frequente, quando não mesmo sistemática, de deveres de lealdade e de colaboração das entidades reguladas para com os supervisores da área económico-financeira postas a nu pela crise do nosso sistema financeiro instalada desde 2008 e dadas a conhecer, além do mais, por alguns grandes processos penais e contra-ordenacionais e pela Comissão Parlamentar de Inquérito ao Processo de Nacionalização do Banco BPN.

Os tipos contra-ordenacionais através dos quais se procura dar efectiva consistência aos deveres de colaboração acorrem a necessidades de diversa ordem postas por aqueles bens jurídicos colectivos.

Em parte sobreleva a preocupação de assegurar a *integridade, a completude e a total fidedignidade* dos dados factuais e dos elementos documentais sobre os quais incidem as ponderações das autoridades administrativas e na base dos quais são tomadas as suas decisões.

De suma importância é ainda a necessidade de garantir a *capacidade funcional* da administração para levar a cabo eficientemente as

⁽⁵³⁾ Cf. FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 46 e ss., FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado...”, p. 70 e ss., e o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291 e ss.).

suas funções de realização da justiça ⁽⁵⁴⁾ e de supervisão. Como é por todos reconhecido, exigir da administração que envidasse sozinha todos os esforços necessários ao cumprimento cabal dessas funções seria votá-las antecipadamente ao fracasso. É esta mesma racionalidade que contribui para dar sustentação material à conformidade constitucional da exigência legal de colaboração com a administração através da entrega de documentos tidos como necessários para o exercício de poderes de processamento contra-ordenacional e/ou de supervisão ⁽⁵⁵⁾. A pretensão de fazer aqui prevalecer o princípio da proibição da auto-inculpação, acompanhada de uma exigência de recurso aos meios coercitivos postos ao dispor das autoridades administrativas (v. g., buscas e apreensões) para ultrapassar uma recusa de colaboração fundada no privilégio contra a auto-inculpação ⁽⁵⁶⁾, implicaria um risco sério de paralisção ou pelo menos de comprometimento de um exercício minimamente eficaz das funções de realização da justiça e da supervisão ⁽⁵⁷⁾.

Aceite e levada às suas últimas consequências a primazia do princípio *nemo tenetur*, não poderia deixar de reconhecer-se aos particulares o direito de recusa de colaboração ainda que no espírito da entidade de supervisão nenhuma suspeita de infracção sobre eles recaísse. Mesmo nos mais banais pedidos de documentação, tivesse o destinatário consciência que da sua entrega resultaria muito provavelmente uma sua futura responsabilização sancionatória logo poderia invocar o seu direito à não auto-incriminação ⁽⁵⁸⁾. Desta forma, os mecanismos coer-

⁽⁵⁴⁾ Sobre esta dimensão específica da função de realização da justiça, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 365.º, § 11, e Art. 366.º, § 6 e s.

⁽⁵⁵⁾ FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado...”, *passim*.

⁽⁵⁶⁾ SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 76 e s., e SILVA DIAS, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 258.

⁽⁵⁷⁾ Cf. HELENA BOLINA, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010, p. 414 e s.

⁽⁵⁸⁾ Um aspecto que é desconsiderado por SILVA DIAS, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 245

civos que a lei concede aos reguladores para enfrentar situações patológicas de consabida ou previsível falta de colaboração ou até de obstrução ao exercício da justiça ou da supervisão poderiam acabar por tornar-se nos meios normais de obtenção dos elementos e documentos necessários para o efeito. Isto com óbvias implicações para o dimensionamento dos recursos humanos e materiais afectos a essas missões e com um prejuízo socialmente insuportável para a fluidez e celeridade dos processos sancionatórios e de supervisão.

A necessidade de protecção da *capacidade funcional* das autoridades administrativas constitui assim fundamento para uma limitação do princípio da proibição da auto-incriminação quando estejam em causa formas de cooperação que consistam na disponibilização à administração de dados, elementos ou documentos⁽⁵⁹⁾. Mas não só. É suficiente para que não devam reputar-se sem mais como desproporcionados os elevados limites máximos de coima aqui frequentemente previstos⁽⁶⁰⁾. E constitui motivo bastante para que possa manter-se um juízo de dignidade penal em relação aos factos contra-ordenacionais em apreço mesmo quando a eles possam reconduzir-se falhas de colaboração que por si só são de pequena monta e/ou poderiam ser superadas pela administração sem dificuldade de maior através do uso de meios coercitivos. Tal como vimos suceder em relação à vertente da capacidade funcional do bem jurídico da autonomia intencional do Estado tutelado

e s., quando, olhando para o problema apenas sob o prisma da administração, entende que a garantia do *nemo tenetur* só se torna funcional e activável “quando na dialéctica exercício de poderes de fiscalização e supervisão/cumprimento de deveres de cooperação surge a suspeita da prática da infracção”. Trata-se, a nosso ver, de uma perspectiva redutora. Mesmo que a administração não possua ainda qualquer suspeita sobre factos com relevo penal ou contra-ordenacional imputáveis àquele sobre quem recai um dever de colaboração, a obrigação de cooperar que neste contexto se lhe pretenda impor contende já com o seu privilégio contra a auto-incriminação.

⁽⁵⁹⁾ FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, pp. 24 e ss. e 46 e ss., e FREDERICO DA COSTA PINTO, “Supervisão do mercado...”, p. 85 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Nesta conclusão, o Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.º, p. 347 e s.

pelo *crime* de desobediência⁽⁶¹⁾, nesta faceta de protecção da eficiência da administração da justiça e da realização da função de supervisão cobra pleno sentido um pensamento cumulativo⁽⁶²⁾. Através dele pode inferir-se a dignidade penal das ofensas que, apesar de em si mesmas consideradas serem por si só inidóneas a lesar ou a sequer pôr em perigo a capacidade funcional da administração ou a eficiência do seu funcionamento, têm um potencial de reiteração tal que se justifica ameaçá-las com meios sancionatórios vigorosos — mesmo penais, se necessário⁽⁶³⁾ — para prevenir as severas disfuncionalidades sistémicas a que uma sua prática massiva pode conduzir.

5. As funções de realização da justiça e de exercício da supervisão podem ser perturbadas ainda através de condutas de espécie distinta daquelas que considerámos nos pontos anteriores. Além da recusa de cooperação e da colaboração indevidamente prestada, assumem igualmente relevo sancionatório eventuais *acções de impedimento ou obstrução* ao desenvolvimento daquelas funções.

Uma vez mais, confrontamo-nos aqui com a adopção de soluções punitivas de natureza distinta dirigidas a realidades fácticas materialmente idênticas. Na maioria das vezes optou o legislador por qualificar como contra-ordenação este tipo de condutas que visam criar dificuldades à acção das autoridades reguladoras. Assim, constitui contra-ordenação a obstrução ao exercício pela Autoridade da Concor-

⁽⁶¹⁾ Pelo seu evidente paralelismo, cf. de novo o Ac. do TC n.º 274/98, *AcsTC* 39.º, p. 591 e ss.

⁽⁶²⁾ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 325.

⁽⁶³⁾ Defendendo inclusive para as áreas económicas sujeitas a regulação e supervisão um modelo integrado de relacionamento entre o direito penal e o direito contra-ordenacional que passaria pelo recurso à sanção penal fundamentalmente como instrumento de fecho do sistema de controlo, destinado a garantir o poder de acção do órgão administrativo, mais do que propriamente como instrumento de directa tutela dos bens jurídico-económicos em jogo, CARLO ENRICO PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1993, p. 1033 e s.

rência dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão ⁽⁶⁴⁾, “a recusa ou obstrução ao exercício de actividades de inspecção do Banco de Portugal” ⁽⁶⁵⁾, “o impedimento ou obstrução ao exercício da supervisão pelo Instituto de Seguros de Portugal” ⁽⁶⁶⁾ ou a criação de obstáculos à realização de acções de fiscalização da competência da ERSE ⁽⁶⁷⁾. Mas já configura a prática de um crime a criação, por qualquer forma, de obstáculos opostos à CMVM no exercício das suas funções de supervisão ⁽⁶⁸⁾.

Todos estes tipos legais estão irmanados no propósito de protecção do interesse comunitário numa fluída e imperturbada realização da justiça contra-ordenacional (arts. 18.º e 68.º-1, j), do RJC) e da função de supervisão postas a cargo das autoridades administrativas. Dado que, por norma, os factos por eles previstos representam um atentado ainda mais desestabilizador do regular exercício dessas missões do que aqueles que se manifestam numa falta ou numa colaboração imperfeita prestada a essas entidades, tudo quanto anteriormente se aduziu em prol do reconhecimento da dignidade penal deste último tipo de ofensas vale em maior medida ainda para concluir pela dignidade penal das condutas de obstrução da actividade de supervisão das autoridades reguladoras.

6. Aqui chegados, cremos que o caminho percorrido terá mostrado que há boas e fundadas razões para reconhecer dignidade penal em boa parte dos tipos legais que punem a violação dos deveres de colaboração dos particulares para com as autoridades reguladoras, quase todos eles contra-ordenacionais. Conclusão que, sem embargo, está longe de pretender significar que tais infracções devam necessariamente possuir natureza criminal. Aliás, em geral, o sistema constitucional convive perfeitamente bem com uma sua tipificação como contra-ordenação.

⁽⁶⁴⁾ Art. 68.º-1, j), do RJC.

⁽⁶⁵⁾ Art. 211.º, p), do RGICSF.

⁽⁶⁶⁾ Art. 213.º, f), do Decreto-Lei n.º 94-B/98.

⁽⁶⁷⁾ Art. 28.º-1, e), da Lei n.º 9/2013.

⁽⁶⁸⁾ Art. 381.º-1 do CVM.

De todo o modo, na medida em que apontem para uma afirmação de dignidade penal, as considerações tecidas abrem pistas para reflexões de diversa ordem, designadamente, sobre a eventual pertinência da criminalização de alguns desses factos actualmente qualificados como contra-ordenação, sobre a admissibilidade da extraordinária severidade das sanções contra-ordenacionais aplicáveis e sobre os princípios constitucionais a mobilizar para a avaliação das questões de constitucionalidade frequentemente suscitadas em torno de infracções contra-ordenacionais previstas neste domínio. É com essas pistas que pretendemos concluir.

Uma *possível criminalização* de algumas das modalidades mais gravosas das falhas de cooperação com as autoridades reguladoras mostra-se, à partida, viabilizada pela dignidade penal que, nos termos expostos, nelas em geral se divisa. Saber se, em todo o caso, devem elas dar entrada no domínio criminal é questão bem complexa, a dever convocar o critério adicional da necessidade de pena. E a englobar ainda numa consideração mais ampla que tenha em vista o rumo político-criminal que há muito faz curso entre nós: remeter para o sistema contra-ordenacional a prática totalidade das infracções às prescrições do direito regulatório, incluindo as que materialmente e mais gravemente contendem com os bens jurídicos supra-individuais dignos de pena que nele estão em jogo. Um rumo que nos parece em geral bem fundado, por razões que não cabe aqui aprofundar ⁽⁶⁹⁾.

Um outro tópico que encontra um princípio de resposta na dignidade penal apontada às infracções objecto de análise é o que se prende com a *extrema severidade das sanções contra-ordenacionais* com que frequentemente deparamos neste domínio. Como vem entendendo o Tribunal Constitucional, para tanto invocando o princípio da proporcionalidade, as pesadas coimas e sanções acessórias cominadas para a violação dos deveres de cooperação com as autoridades reguladoras colhem fundamento e uma justa medida na necessidade de assegurar

⁽⁶⁹⁾ Desenvolvidamente, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, § 23.

uma real eficácia preventiva a tipos legais dirigidos à protecção de bens jurídicos de extraordinária relevância social e constitucional como são as funções de realização da justiça e de exercício da supervisão ⁽⁷⁰⁾. Um juízo que deve ainda atender ao enorme poderio económico e financeiro de alguns potentados empresariais sujeitos à regulação.

Por fim, a afirmação da dignidade penal aponta ainda num outro sentido, que vem sendo todavia desconsiderado pela doutrina dominante e pela jurisprudência comum e constitucional. Referimo-nos às consequências que do quadro traçado devem derivar para a *compreensão da relação entre crimes e contra-ordenações*. Em causa estão infracções com patente dignidade penal às quais o legislador atribuiu estatuto contra-ordenacional. Ora, até hoje, e apesar das proclamações no sentido da existência de uma contraposição material ou qualitativa entre crimes e contra-ordenações, nunca as escolhas legislativas de as remeter para o campo do direito de mera ordenação social foram objecto de repúdio constitucional com fundamento na tipificação como contra-ordenação de factos que deveriam qualificar-se materialmente penais por serem portadores de dignidade penal.

Trata-se, portanto, de factos que, atenta a existência de dignidade penal, em tese poderiam ser crime e todavia são contra-ordenação. Por isso que devem considerar-se como contra-ordenações que não se distinguem material ou qualitativamente dos crimes, intercedendo entre ambos, quando muito, diferenças de carácter quantitativo ou de grau de gravidade. Razão pela qual nos parece por demais duvidosa a habitual premissa de que parte a doutrina dominante e sobretudo o Tribunal Constitucional, no que são acompanhados pela jurisprudência comum, para tratar de forma distinta, no plano constitucional, os crimes e as contra-ordenações. Nomeadamente, a premissa de que no direito penal e no direito contra-ordenacional estão em questão factos materialmente distintos, justificando-se por isso que para as contra-ordenações não valham, em regra, os princípios constitucionais que regem a matéria penal.

⁽⁷⁰⁾ Cf. o Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.º, p. 349 e s.

Não que não possam existir razões que justifiquem esse tratamento constitucional diferenciado; e estamos a pensar na diferença material que intercede entre o direito penal e o direito das contra-ordenações no plano das sanções, *maxime* o facto de o direito penal ser constitucionalmente concebido como uma ordem sancionatória privativa da liberdade e o direito contra-ordenacional não ⁽⁷¹⁾. Mas o que nos parece ilegítimo é pretender continuar a tratar distintamente os crimes e as contra-ordenações com base na ideia de que estas são materialmente distintas daqueles, quando afinal nelas deparamos com factos dignos de pena e não vemos ser dirigida qualquer censura constitucional à via contra-ordenacional adoptada pelo legislador.

⁽⁷¹⁾ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, § 36.