



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANDRÉ FILIPE ROSA MORAIS

**Eficácia da Investigação e Tutela de Direitos Fundamentais:
O Dever Legal de Cooperação contra o Direito à Não Autoincriminação**

**Efficiency in Investigation and Safeguard of Fundamental Rights:
The Legal Duty of Cooperation *versus* the Privilege Against Self-Incrimination**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre,
na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Criminais*

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

Coimbra, 2017

Para os meus Pais – MANUEL e GENEROSA – e para a minha
Irmã – SOFIA – por tudo.

«- Perdão, senhor representante do Ministério Público, não está nada provado – contestou o Dr. Rigoberto. – O meu constituinte, uma vez por outra que lhe aconteceu encontrar-se nos povos vizinhos, aludiu acidentalmente à arborização da serra dos Milhafres. Pela região não se falava noutra coisa. A efervescência que lavrava não permitia que se ficasse de boca fechada. Mas, emitindo o seu modo de ver, nunca acendeu ódios nem fomentou a resistência.»¹

¹ Aquilino RIBEIRO, *Quando os lobos uivam*, Bertrand Editora, 1.^a ed., fevereiro de 2016, p. 218

AGRADECIMENTOS

Ao meu PAI e à minha MÃE. Por tudo, mas sobretudo porque houve longos momentos em que este estudo se tornou só deles. Coube-lhes guardá-lo, não o deixar cair no esquecimento e devolver-mo quando chegou o momento de lhe pôr termo.

À minha IRMÃ. Por me permitir descobrir quotidianamente o significado de “*partilha*” e “*camaradagem*” e por nos contagiar a todos com a sua inesgotável energia vital.

Ao Sr. Professor Doutor Manuel da Costa ANDRADE, meu Mestre e Orientador. O exemplo do seu percurso académico e cívico constitui um referencial que procuro seguir e que admiro já desde quando, nas suas Aulas, ocupava o meu lugar entre os que o ouviam atentamente ².

À Sr.^a Professora Doutora Maria João ANTUNES, minha Professora de Direito Processual Penal. Por me ter transmitido a preciosa base de conhecimentos e pela ajuda que me deu a aceder a alguma bibliografia.

Ao Sr. Professor Doutor Nuno BRANDÃO, pelos conhecimentos transmitidos nas aulas práticas de Direito Processual Penal e também pela gentil preocupação sempre demonstrada para comigo desde então.

A todos os meus Professores, de todos levo um pouco no Jurista que sou.

Aos meus Colegas de Curso, companheiros de Coimbra, por me terem dado o privilégio de viver com eles a “*lenda encantada/ Nesta Cidade velhinha*”.

Por fim, mas não por último, à FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA que, na sua beleza esfíngica, foi Mãe, Madrinha e Madrasta. A Porta Férrea nunca parece tão pesada ao abrir, quanto se revela ao fechar. Por isso, espero deixá-la entreaberta.

Um enorme bem-haja a todos.

² As mais autorizadas palavras sobre esse mesmo percurso serão as do próprio Mestre – *vide* ANDRADE, Manuel da Costa, *Auto-Retrato: Fragmentos de Percurso e de Memória*, BFDUC XCII, Tomo I, 2016, pp. 449 a 457.

RESUMO

A presente dissertação versa sobre o conflito entre o interesse na máxima eficácia da investigação e a tutela de direitos fundamentais, concretizada na compressão do direito à não autoincriminação pelo dever legal de cooperação. Tal dever traduzir-se-á no tratamento dos visados como um meio de prova contra si mesmos

Uma vez que são cada vez mais as áreas em que se recorre à consagração de deveres dos cidadãos colaborarem com as autoridades, torna-se importante procurar perceber qual e se é possível um ponto ótimo de harmonização entre o dever de cooperação e o *nemo tenetur*, para que este último não seja irremediavelmente sacrificado nem o primeiro deixe de ser operativo.

Por fim, uma vez que este problema tem emergido em novas e problemáticas áreas, torna-se imprescindível perceber de que forma aquele ponto ótimo pode ter préstimo na consagração de concretas soluções que permitam minimizar o problema em estudo.

Palavras-chave: *Nemo tenetur se ipsum accusare*; direito à não autoincriminação; dever de cooperação; Processo contraordenacional; Processo sancionatório; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This thesis relates to the conflict between the interest on the investigation's maximum effectiveness and the fundamental rights' safeguard, as it is carried in the privilege against self-incrimination's compression by the cooperation duty. Such compression will reflect on the treatment awarded to defendants as a mean of evidence against themselves.

There are more and more areas which appeal to cooperation duties which oblige citizens to assist authorities. Therefore, it is important to figure out which and if it is possible to reach a level of convergence between the cooperation duty and *nemo tenetur*, so that the latter is not inevitably crushed and the first still stands enforceable.

At last, since this problem has occurred in new and problematic areas, we must understand how such level of convergence is able to help and find new solutions to mitigate this problem.

Keywords: *Nemo tenetur se ipsum accusare*; Privilege against self-incrimination; cooperation duty; Misdemeanor procedure; Criminal proceeding; Fundamental rights.

INDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS	10
NOTA INTRODUTÓRIA E JUSTIFICAÇÃO DO ESTUDO.....	13
CAPÍTULO I - O NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE	16
1. Consagração do <i>nemo tenetur</i>	16
2. A relatividade do <i>nemo tenetur</i> e as aporias da sua absolutização	20
3. O <i>nemo tenetur</i> e a sua circunscrição ao âmbito sancionatório.....	22
4. O <i>nemo tenetur</i> e o sistema acusatório	24
5. O <i>nemo tenetur</i> e o princípio da presunção de inocência	26
6. <i>Nemo tenetur</i> , estratégia processual, vinculação temática e a rejeição da <i>inquisitio generalis</i>	28
7. <i>Nemo tenetur</i> e os direitos de audiência e ao contraditório	31
8. <i>Nemo tenetur</i> e o direito ao silêncio – uma relação umbilical	33
9. <i>Nemo tenetur</i> e o direito a assistência por advogado	37
10. Os entes coletivos, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação	39
10.1. Do princípio da igualdade	40
10.2. Da coerência endoprocessual	44
10.3. Conclusões.....	45
11. O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios	47
11.1. Refrações da opção constitucional do tratamento do arguido no processo contraordenacional e nos processos sancionatórios	49
11.2. Conclusões.....	51
CAPÍTULO II - O DEVER LEGAL DE COOPERAÇÃO	55
1. Sua caracterização	55
2. Da inevitável restrição do direito ao silêncio e do <i>nemo tenetur</i> pelo dever legal de cooperação	59
3. Conformidade constitucional do dever legal de cooperação	61
4. Casos e critérios para a aceitação de uma vigência total do dever legal de cooperação e da valoração dos elementos cuja recolha permita	64
5. Do significado probatório da entrega de elementos e da prestação de esclarecimentos	67

6.	Do recurso por parte do Estado a elementos que tenha armazenado (a <i>required records doctrine</i>)	71
CAPÍTULO III - DO CONFRONTO ENTRE O NEMO TENETUR E O DEVER LEGAL DE COOPERAÇÃO NO QUADRO DOGMÁTICO DAS FINALIDADES DO PROCESSO SANCIONATÓRIO		
73		
1.	Direito da investigação criminal e da prova	73
2.	Direito processual penal e direito processual sancionatório.....	76
3.	A tensão entre as finalidades do processo sancionatório.....	78
4.	Tecnologia e globalização – <i>novos</i> desafios à do Direito da Prova?.....	83
5.	Conclusões preliminares.....	84
CAPÍTULO IV - TESES EM CONFRONTO E APRECIACÃO DO PROBLEMA..		
86		
1.	Introdução.....	86
2.	A tese da restrição legítima do <i>nemo tenetur</i>	87
3.	A tese da prevalência do <i>nemo tenetur</i> ante o dever legal de cooperação para efeitos sancionatórios	93
4.	Apreciação crítica e tomada de posição	95
4.1.	Da desproporcionalidade da compressão total do <i>nemo tenetur</i>	95
4.2.	Da (in)completude de um regime setorial em matéria sancionatória, direitos fundamentais dos entes coletivos e estatuto do arguido no processo contraordenacional	96
CAPÍTULO V - PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DO PROBLEMA.....		
99		
1.	No direito vigente – reforço das garantias dos visados e arguidos.....	99
1.1.	Constituição de arguido e informação prévia ao visado de que dispõe dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação	100
2.	No direito a constituir – considerações de política legislativa	105
2.1.	A separação expressa de processos e atividades – <i>aclarar as águas</i> entre a regulação / supervisão e a fase sancionatória.....	106
2.2.	Definição clara do sentido e alcance do <i>nemo tenetur</i> – da comunicabilidade ao processo sancionatório dos elementos anteriormente recolhidos e em que termos	117
NOTAS CONCLUSIVAS		
120		
BIBLIOGRAFIA		
126		

JURISPRUDÊNCIA.....	143
1. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	143
2. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	143
3. Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa.....	144
4. Jurisprudência do Tribunal Constitucional	144
5. Jurisprudência do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa	145
6. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.....	145
7. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa.....	145

Abreviaturas e Siglas

A.	Autor(a)
AA.	Autores(as)
AAF DL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AC	Anatomia do Crime
Ac.	Acórdão
ANAC	Autoridade Nacional da Aviação Civil
Anot.	Anotação
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo(s)
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Conselho da Europa
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
cfr.	confrontar
cit.	citado
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Cons.	Conselheiro(a)
coord.	coordenado por (coordenadores)
CP	Código Penal
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CRMP	Cadernos da Revista do Ministério Público
C & R	Revista de Concorrência e Regulação
dir.	dirigido por / direcção
DL	Decreto lei
DR	Diário da República

DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ed.	edição / editor(es)
ERC	Entidade Reguladora para a Comunicação Social
Fasc.	Fascículo
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUP	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
IDPCC	Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais
IDPEE	Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
IJ	Instituto Jurídico
INAC	Instituto Nacional da Aviação Civil
LGT	Lei Geral Tributária
L'IP	L'Indice Penale
MP	Ministério Público
n.º	número(s)
n. r.	nota de rodapé
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
orig.	original
p(p).	página(s)
p. ex.	por exemplo
PGR	Procuradoria Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
polic.	policopiado
pp.	páginas
Rel.	Relatado por
Ret.	Retificação
RBCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RCEJ	Revista do CEJ
RDPR	Revista de Direito Público e Regulação
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RFDUP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RGIMOS	Regime Geral das Infrações de Mera Ordenação Social

RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
reimp.	reimpressão
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP	Revista do Ministério Público
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SCML	Santa Casa da Misericórdia de Lisboa
séc.	século(s)
SJ	Sub Judice
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal de Primeira Instância (TJUE)
trad.	tradução / tradutor(es)
TCRS	Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UC	Universidade de Coimbra
UE	União Europeia
vd.	vide
v.g.	verbi gratia
vol.	volume

Nota Introdutória e Justificação do Estudo

Com o presente trabalho estudar-se-á um ponto específico, onde vai emergir uma das mais antigas e clássicas temáticas do direito processual penal – a tensão ou conflito entre por um lado, as finalidades de eficácia da investigação e descoberta da verdade (polarizadas e concretizadas pelo dever legal de cooperação), e, por outro, a tutela dos direitos e garantias do cidadão (mais concretamente, as garantias de defesa do direito ao silêncio e à não autoincriminação). É assim que se compreende o substrato do problema sobre que versa o presente estudo.

Todavia, assim colocado e enquadrado o problema, há que o concretizar mais – esta clássica tensão entre as finalidades do processo penal conhece atualmente novos campos de emersão ou formas de aparecimento. É por isso que, concretizando então um pouco mais, se desvela o confronto entre o dever legal de cooperação do arguido ou visado ³ numa investigação e o direito ao silêncio ou, ainda mais especificamente, o direito à não autoincriminação (ou, na formulação do brocardo latino, *nemo tenetur se ipsum accusare*).

Para tanto e de caminho, há um leque de questões que se consideram de resposta necessária ⁴:

- (a) As clássicas garantias de defesa, em permanente diálogo com o *nemo tenetur se ipsum accusare*, valem para lá das declarações do arguido no processo penal?
- (b) Haverá substrato e fundamento para sustentar uma autonomização de um verdadeiro direito a recusar-se a entregar documentos ou outros elementos?
- (c) Com que alcance, sentido e valor deve valer o dever legal de cooperação, por forma a compatibilizar-se com o direito à não autoincriminação que assiste ao arguido ou visado? Deve a prova assim obtida poder valer irrestritamente ou é de admitir e pugnar por uma recompreensão do problema?

Assim, começar-se-á por dedicar um primeiro capítulo à temática do *nemo tenetur* ou direito à não autoincriminação, começando por perceber o seu alcance, através da mobilização e delimitação de garantias de defesa limítrofes.

Ainda dentro do primeiro capítulo, procurar-se-á perceber a sua possível valência, e

³ Utilizar-se-á a expressão “visado” no sentido de *imputado*, enquanto alegado agente da infração, mas ainda sem assumir o estatuto de arguido. Cfr. MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e imputado...*, *Ibidem*, pp. 7 e ss.

⁴ Que serão verdadeiramente novas zonas de tensão com o *nemo tenetur*, mas para lá da sua área de proteção clássica, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, *Ibidem*, p. 366.

em que medida, do *nemo tenetur* no campo dos entes coletivos e ainda no âmbito de outros processos sancionatórios, que não o processo penal, tendo como principal exemplo, pelo seu crescimento e preponderância atuais, o processo contraordenacional.

No segundo capítulo, inteiramente dedicado ao dever legal de cooperação, proceder-se-á à sua caracterização, da qual resultará a necessária e desenvolvida conclusão de que, da sua previsão resulta uma inevitável restrição do direito ao silêncio e do *nemo tenetur* daqueles que por ele estejam vinculados.

Ainda no âmbito deste capítulo, empreender-se-á o necessário exercício de apuramento da viabilidade constitucional do dever legal de cooperação. Necessário, desde logo, uma vez que se reconheceu o seu carácter compressor de direitos fundamentais⁵, pelo que assim torna-se premente indagar da sua conformidade com os cânones constitucionais.

Por fim, mas ainda dentro deste segundo capítulo, estudar-se-ão as circunstâncias e critérios para que se possa considerar o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação legitimamente coartado pelo dever legal de cooperação, valendo os elementos assim recolhidos e obtidos em toda a sua extensão, isto é, como elementos de prova valoráveis no âmbito de um processo sancionatório, penal ou contraordenacional.

De seguida, num terceiro capítulo, revisitar-se-á o tema das finalidades do processo penal, bem como o apuramento temático do presente estudo, por via do seu enquadramento dogmático. Tal exercício terá o fito de procurar perceber a localização dogmática do mesmo, com refrações ao nível daquilo que seja o entendimento sobre algumas matérias e questões. Como maior consequência prática, estará a possibilidade de se conseguir, no conflito identificado, uma concordância prática entre os princípios antagónicos.

No quarto capítulo, tecer-se-á um diálogo construtivo e desconstrutivo com os AA., bem como com a jurisprudência, que se têm debruçado sobre o confronto que constitui o cerne do tema a tratar.

Assim, arrumar-se-ão as opiniões entre aquelas que pendam em maior medida para a tese da legitimidade da restrição do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação e aquelas que, reconhecendo essa restrição, mas não negando viabilidade constitucional ao dever legal de cooperação, procuram restringir o âmbito deste último, para que se possa ainda harmonizar com aquelas garantias de defesa e não suprimi-las por completo.

⁵ Para um breve excuro histórico pelo e até ao reconhecimento e constitucionalização dos direitos fundamentais, hodiernamente postos em crise ou “*stress*”, cfr. URBANO, Maria Benedita, *Globalização: os direitos fundamentais sob stress*, *Ibidem*, pp. 1026 e ss.

Depois deste momento construtivo ou expositivo das opiniões citadas, haverá um segundo momento reconstrutivo e crítico-reflexivo, na medida em que se pretende olhar para as teses e confrontá-las criticamente.

Seguidamente, no quinto capítulo e já deixando respondidas as questões acima elencadas, avançar-se-á para o estudo de algumas soluções, quer face ao direito vigente, quer *de iure constituendo*, à luz das quais se procurará tornar operante e consequente a visão aqui fundamentada e partilhada sobre a convivência que se deseja entre o dever legal de cooperação e os direitos ao silêncio e à não autoincriminação.

Em suma, quanto à pertinência, discussão e dinâmica do tema em estudo, podem mobilizar-se as palavras de Jónatas MACHADO e Vera Lúcia RAPOSO para, contextualizando, justificar a presente discussão sobre o direito à não autoincriminação com as “*dimensões deste direito cuja concretização e sedimentação ainda não se encontra totalmente estabilizada e consolidada*”⁶.

Por fim, proceder-se-á ao elenco das conclusões a que se chegou com a reflexão, investigação e ponderação levadas a cabo no âmbito deste estudo.

⁶ MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 18, embora, como o próprio título da obra citada deixa explícito, quanto à questão específica de saber se o âmbito normativo do direito à não autoincriminação se estende às pessoas coletivas e seus representantes físicos.

CAPÍTULO I

O Nemo Tenetur se Ipsum Accusare

1. Consagração do *nemo tenetur*

Em primeiro lugar, poderá definir-se o direito à não autoincriminação ou, na sua formulação latina, *nemo tenetur se ipsum accusare*, como a faculdade reconhecida a qualquer um de não contribuir, com a sua conduta ou com a sua pessoa, para a sua própria incriminação, evitando dessa forma que se assuma como um sujeito e não como um objeto de prova ⁷. Todavia, não se deixa de reconhecer muito claramente que este entendimento leva já em si uma conceção ampla, alargando assim o raio de tutela do direito à não autoincriminação.

Em segundo lugar, há que realçar a consagração jusinternacional do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ^{8,9,10}. Com efeito, essa mesma consagração e previsão internacional ¹¹ radica ¹², quer no artigo 14.º do PIDCP ¹³, quer, já com âmbito regional, mais

⁷ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 190 e ANTUNES, Maria João / COSTA, Joana, *Comentário...*, *Ibidem*, p. 25. Essa redução do arguido a objeto do processo era uma das marcas de água do sistema inquisitório, em que o interesse do Estado obliterava os direitos do particular, PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do art. 342.º...*, *Ibidem*, p. 102.

⁸ Além do mais, o «Direito a não ser forçado a declarar contra si mesmo e a confessar-se culpado (arts. 3.º e 6.º, § 1.º, da CEDH e 32.º, n.º 8, da CRP).» constitui uma das dimensões que, no entendimento do TEDH, compõem um julgamento *justo e equitativo*, RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo...*, *Ibidem*, p. 10 e MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, pp. 1081 e ss.

⁹ Aqui, será de ter presente a nota de rigor terminológico expressa por DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 19, nota 37. Todavia, no âmbito do presente estudo e reconhecendo, desde já, que se estará sempre a tratar da mesma realidade, serão utilizadas as expressões *direito à não autoincriminação* ou *nemo tenetur*.

¹⁰ Cfr. ainda SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 136 a 140 e SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, p. 176.

¹¹ Como refere o Ac. do TC n.º 340/2013, Processo n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO. Ainda, CONDE, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, *Ibidem*, pp. 1014 e 1015.

¹² Cfr. MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 15, onde se realça que o direito à não autoincriminação “*integra hoje as dimensões essenciais do due process of law, sendo uma realidade incontornável em todos os processos sancionatórios, especialmente nos casos em que estes abram as portas a ulteriores processos penais.*”

¹³ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, publicada no DR, I Série A, n.º 133/78 (retificada mediante aviso de retificação publicado no DR n.º 153/78, de 6 de julho) e entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa: 15 de Setembro de 1978. Cfr. SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 183.

concretamente, europeu, no artigo 6.º da CEDH ^{14,15}.

Outrossim, na CDFUE, o direito à não autoincriminação pode considerar-se abrangido pelo seu art. 48.º, 2, que garante ao arguido o respeito pelos seus direitos de defesa ^{16,17}. No entanto, tal como sucede em relação ao direito ao silêncio, a CDFUE não fez uma consagração expressa destes direitos de defesa.

Constitucionalmente e entre nós, o direito à não autoincriminação não encontra uma consagração expressa ¹⁸. Todavia, nem a doutrina, nem a jurisprudência, rompem com a unanimidade em redor do seu reconhecimento e da sua decorrência implícita ¹⁹.

Desta forma se evidencia que o *nemo tenetur* é hoje parte do património comum da comunidade internacional no que aos direitos e garantias diz respeito ²⁰, enquadrado no âmbito mais alargado do direito a um julgamento justo e equitativo ^{21,22}. Como tal, não é exagero reputá-lo de parte substancial e não negligenciável de um dos pilares do Estado de Direito ²³.

Por outro lado, mas ainda sublinhando a força normativa do *nemo tenetur*, também

¹⁴ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, publicada no DR, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da AR publicada no DR, I Série, n.º 286/78, de 14 de dezembro). Para uma leitura de enquadramento sobre a CEDH, cfr. BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem...*, *Ibidem*, pp. 17 a 67, JACOBS, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, *Ibidem*, pp. 1 a 7 e SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 183.

¹⁵ Referindo a decorrência do direito ao silêncio e à não autoincriminação da noção de *processo equitativo* do art. 6.º, BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos...*, *Ibidem*, p. 177, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 31 e ss., SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, *Ibidem*, p. 375 e ainda SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração*, *Ibidem*, pp. 268 e 269.

¹⁶ Assim, LOUREIRO, Flávia Norversa / PITON, André, *Presunção de Inocência e Direitos de Defesa*, in *Carta dos Direitos Fundamentais Comentada*, *Ibidem*, p. 551.

¹⁷ No horizonte do processo penal, os direitos de defesa entendidos enquanto “categoria aberta”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, p. 28.

¹⁸ Pelo contrário, a Constituição Espanhola fá-lo expressamente no art. 24.º, 2, primeiro parágrafo, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 183.

¹⁹ ANTUNES, Maria João / COSTA, Joana, *Comentário...*, *Ibidem*, p. 34. Unanimidade, sublinha-se, no horizonte do processo penal, cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, p. 176.

²⁰ JACOBS, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, *Ibidem*, p. 77.

²¹ RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, *Ibidem*, pp. 3.

²² Pelo carácter incontrovertido do seu reconhecimento, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, *Ibidem*, p. 125; SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, *Ibidem*, p. 362.

²³ A propósito e assumindo conjugadamente uma fundamentação substancial (dignidade humana) e processual (liberdade de ação e presunção de inocência) - Ac. do TC n.º 418/2013, no Processo n.º 120/11, 3.ª Secção, rel. Cons. Catarina Sarmiento e CASTRO. O próprio Estado de direito será o pano de fundo ou pilar do processo penal, que servirá de padrão ao mesmo, através da mediação de um órgão jurisdicional, o que já era defendido por António Castanheira NEVES em 1968, o que não deixa de surpreender, à luz da época de então, *Sumários de Processo Criminal*, *Ibidem*, p. 4.

assumirá, na linha anglo-saxónica ²⁴, o carácter de *privilégio* ²⁵. Normalmente, operará com esse mesmo carácter no âmbito de um depoimento ou testemunho, que constituirá a regra ²⁶, e contra a qual a lei permite que se invoque o *nemo tenetur*. Nesse caso, é possível não prestar depoimento, seja na qualidade de testemunha ²⁷, seja na de arguido ²⁸ e remeter-se ao silêncio para que do seu depoimento não resulte produção de prova prejudicial contra si ou contra quem a Lei entendeu que constituiria uma obrigação demasiado onerosa prestar testemunho ²⁹.

Outra nota que convém realçar é aquilo a que se pode chamar um *carácter implícito* do *nemo tenetur* e que se relaciona com o facto já invocado de constituir parte de um património constitucional comum ^{30,31}. Com efeito, assume um papel de tal forma preponderante na construção e afirmação do direito a um processo justo e equitativo que, sem o respeito por um núcleo duro do *nemo tenetur*, não se pode configurar um processo respeitador e conforme aos cânones do Estado de direito.

Pode discutir-se a maior ou menor amplitude que se há de reconhecer a esta garantia ou privilégio ³², no entanto, é indiscutível que encerra em si uma dimensão nuclear que funcionará como um mínimo sem o qual não se pode falar no reconhecimento de uma estrutura processual sancionatória equitativa ³³.

²⁴ Para a diferenciação genética entre o *nemo tenetur* no direito anglo-saxónica e no direito continental, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo, Ibidem*, pp. 367 e ss.

²⁵ EASTON, Susan, *The Case for the Right to Silence, Ibidem*, p. 2.

²⁶ Esclareça-se que, aqui, “regra” é utilizada num sentido estatístico e não normativo.

²⁷ Entre nós, vide art. 132.º, 2, do CPP, que dispõe - «A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal.». Estamos aqui perante um direito ao silêncio em sentido próprio, na medida em que apenas é permitida à testemunha remeter-se ao silêncio quando invocar que, respondendo com verdade, estará a autoincriminar-se.

²⁸ O direito ao silêncio do arguido é reconhecido ao arguido em qualquer fase do processo penal pelo art. 61.º, 1, al. d), do CPP, que dispõe - «Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.», PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º... , Ibidem*, p. 101.

²⁹ Referindo-se ao panorama italiano, mas com observações de validade universal - «A isenção é prevista pela lei em consideração a um interesse privado julgado merecedor da tutela do ordenamento» TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale, Ibidem*, p. 295.

³⁰ Este carácter implícito resulta ainda da não consagração expressa do direito ao silêncio e à não autoincriminação no texto constitucional. Daí se tornar necessário procurar um degrau acima do *nemo tenetur*, do qual se faça depender a sua vigência.

³¹ Por outro lado, sobre o *reconhecimento implícito* de direitos fundamentais, GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Os Direitos Fundamentais Atípicos, Ibidem*, pp. 81 a 83.

³² Assim, «Em segundo lugar, não é demais repeti-lo, as zonas menos centrais do princípio estão mais expostas à ponderação concreta com interesses colidentes, beneficiando por isso de uma tutela mais relativizada.», DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, pp. 51 e 52.

³³ Sobre o carácter implícito do *nemo tenetur* - «Mesmo quando não expressamente consagrada nos textos constitucionais, o direito à não auto-incriminação deduz-se das garantias de processo equitativo.» MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e... , Ibidem*, p. 14.

Naturalmente e em primeira linha, o *nemo tenetur* abrange e protege quem seja visado ou acusado num processo de cariz sancionatório (formalmente)³⁴. É assim exatamente porque esse é o cidadão cujos interesses e direitos são, em primeira linha, postos em causa pela atuação do aparelho repressivo estatal. Faz todo o sentido que assim seja³⁵.

No entanto e como já foi acima referido, o âmbito do *nemo tenetur* não abrange apenas e só o suspeito ou visado, mas também a testemunha que, chamada a prestar depoimento, é colocada perante um dilema.

Se assim não fosse, quando inquirida sobre factos cuja resposta a levasse a autoincriminar-se, a testemunha seria colocada perante uma “*penosa alternativa*”³⁶. Essa alternativa oscilará entre responder com verdade e assim desencadear um processo com a possível condenação contra si (pelos factos assim admitidos) ou mentir³⁷ e com isso incorrer no crime de falso depoimento^{38,39}.

Daí o CPP prever, a propósito dos “*Direitos e deveres da testemunha*”, no seu artigo 132.º, n.º 2, a possibilidade da testemunha não responder às perguntas alegando que daí decorreria a sua responsabilidade penal^{40,41}.

Um campo de atuação ao nível substantivo por parte do *nemo tenetur* pode ainda ser encontrado ou erigido por referência à existência deste princípio em matéria de construção dos tipos legais de crime, isto é, de legitimação (ou limite) de determinados tipos legais de

³⁴ A propósito, «*Quanto ao âmbito de validade normativo do princípio, este pode aplicar-se a todo o direito sancionatório, adquirindo, apesar de tudo, maior relevância no Direito Penal e no Direito de Mera Ordenação Social.*», CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM*, *Ibidem*, p. 263.

³⁵ Neste sentido, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 34.

³⁶ Expressão colhida em TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, *Ibidem*, p. 295.

³⁷ Sobre a problemática da possibilidade que assiste ou não ao arguido de mentir, cfr. SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 193 a 197.

³⁸ Entre nós, previsto e punido pelo artigo 359.º do Código Penal, sob a epígrafe – “*Falsidade de Depoimento ou Declaração*”.

³⁹ A propósito, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 16, para quem - «*Decisiva, neste contexto, é a existência de um risco plausível de posterior incriminação.*».

⁴⁰ Numa formulação próxima, cfr. O artigo 198.º, 2, do *Codice di Procedura Penale* italiano, que dispõe «*não poder ser obrigado a depor sobre factos dos quais possa emergir responsabilidade penal*», como dá conta TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, *Ibidem*, p. 295. No mesmo *locus*, o A. dá conta do devido enquadramento constitucional italiano para a previsão e salvaguarda da não autoincriminação quanto à testemunha - «*Uma situação do género [em que não se previsse o direito à não autoincriminação da testemunha] não seria compatível com a Constituição, que garante os direitos fundamentais do indivíduo, entre os quais se encontra também o direito de não se incriminar a si mesmo (arts. 2 e 24, 2 da Constituição).*».

⁴¹ Por referência ao panorama norte-americano - «*A testemunha pode recusar-se a prestar informações ou a fornecer prova documental sempre que daí resulte, para si mesma, um efeito incriminatório, mesmo que a resposta seja apenas um elo na cadeia de provas circunstanciais necessárias à incriminação.*», MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 19.

crime ⁴². Com esta nota pretende-se demonstrar a versatilidade do princípio *nemo tenetur*, bem como a sua essencialidade no seio e no contexto do Estado de Direito.

2. A relatividade do *nemo tenetur* e as aporias da sua absolutização

No entanto, não se compreenderia que este princípio fosse completamente absolutizado. Tal exacerbação corresponderia a uma limitação e a um constrangimento exagerado sobre a atividade de investigação criminal ⁴³.

Assim sucederia se se absolutizasse o *nemo tenetur*, interpretando-o no sentido de que nunca poderia o arguido ser objeto de prova ou, ainda, que nunca pudessem os elementos de prova resultantes da atuação incriminadora e inconsciente do arguido ser valorados.

Com efeito, se não se munisse o aparelho repressivo do Estado com meios eficazes de recolha de prova, porque se teria absolutizado o *nemo tenetur*, praticamente todos os métodos de prova seriam proibidos, desde logo, porque o agente do crime, quando age, fá-lo-á movido pela intenção criminosa e não uma vontade autoincriminatória.

É por isso que já desde há muito que se admitem diligências como exames ⁴⁴, buscas

⁴² No horizonte do crime de enriquecimento ilícito/injustificado, cuja inconstitucionalidade, entre nós, foi sucessivamente sindicada e afirmada pelo TC, cfr. CAEIRO, Pedro, *Quem cabritos vende e cabras não tem...*, *Ibidem* e SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 773. Expendendo uma reflexão sobre o crime de falsificação da contabilidade, no direito italiano - «*Não eram erradas, na verdade, esporádicas observações capazes de deter a engrenagem do automatismo. Assim, era de facto o apelo a uma consagração também substancial do princípio «nemo tenetur se detegere» para invocar a inexigibilidade de comportamento diverso da pessoa que não declara a fonte ilícita dos proventos, não querendo fazer emergir prova dos factos praticados [...]*», BRUNELLI, David, *Il Falso nel Bilancio Consolidato di Gruppo...*, *Ibidem*, p. 57. Sobre o tipo de crime próximo de falsificação das comunicações da Sociedade, cfr., desenvolvidamente, PERINI, Andrea, *Ai Margini dell'Esigibilità: Nemo Tenetur se Detegere e False Comunicazione Sociali*, *Ibidem*, onde (p. 542 e ss.) se empreende um importante exercício - «*[p]rocurar saber o alcance do artigo 24.º da Constituição assim como avaliar se uma relevância também substantiva do princípio nemo tenetur se detegere possa ser tratada diretamente a partir da norma constitucional.*».

⁴³ Assim, mesmo que se assumia uma conceção mais lata do direito à não autoincriminação, que extravase o mero âmbito das declarações orais e abarque igualmente quaisquer elementos, esta visão será restrita e não absoluta, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 17. Também rejeitando uma absolutização do direito à não autoincriminação, Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

⁴⁴ Arts. 171.º a 173.º do CPP.

e revistas ⁴⁵, apreensões ⁴⁶, escutas telefónicas ⁴⁷ e registo de voz e imagem ⁴⁸ ou mesmo o recurso a agentes encobertos ⁴⁹. O mais que caracteriza estes métodos de prova será o *secretismo*, uma vez que o visado pela investigação não sabe de antemão que está ou vai ser objeto de controlo, materializando a sua intenção criminosa e simultaneamente produzindo prova contra si. Nestes casos, é-lhe coartada a possibilidade de se comportar de forma *estratégica* ⁵⁰. Todavia, estes métodos de obtenção de prova escapam ao escopo deste estudo, uma vez que aí não está em causa um dever de cooperação do arguido ou suspeito ⁵¹, previamente fixado por lei e ao abrigo do qual a autoridade vai exigir a colaboração do particular.

Desta forma, a grande diferença estará aí – enquanto nestes métodos (mais ou menos) *clássicos* de obtenção de prova, a Lei retira ao visado pela investigação a possibilidade de se comportar estrategicamente perante a investigação – negando ou remetendo-se ao silêncio – mas fá-lo, desde logo, perante fortes indícios de que aquele determinado agente se dedica à prática daqueles determinados (e graves) factos típicos e ilícitos.

Já na hipótese em estudo, a Lei consagra, sem mais, isto é, sem qualquer análise casuística e aposteriorística, um dever legal do indivíduo colaborar e, com isso, produzir prova contra si mesmo, sob a ameaça que impende da aplicação de sanções. No entanto, também há similitudes que se podem realçar. Com efeito, perante o dever de cooperação, o visado perde aquela dimensão estratégica ou mesmo tática que, em nosso entender, o *nemo tenetur* pretende essencialmente salvaguardar e acautelar.

Numa perspetiva positiva e ativa, o *nemo tenetur* pretende assegurar que qualquer

⁴⁵ Arts. 174.º a 177.º do CPP. Sobre as buscas no direito da concorrência, cfr. RODRIGUES, Sara / SERZEDELO, Dorothee, *As Buscas da AdC à Luz do Artigo 6.º da CEDH...*, *Ibidem*, pp. 88 a 115 e, em perspetiva bastante crítica, LOUREIRO, Flávia Novera, *Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais...*, *Ibidem*, pp. 227 a 242.

⁴⁶ Arts. 178.º a 186.º do CPP.

⁴⁷ Arts. 187.º a 190.º do CPP.

⁴⁸ Art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11/01 (Ret. n.º 5/2002, de 06/02), com as alterações introduzidas pela Lei n.º 19/2008, de 21/04, pelo DL n.º 317/2009, de 30/10, pelo DL n.º 242/2012, de 07/11, pela Lei n.º 60/2013, de 23/08, pela Lei n.º 55/2015, de 23/06 e pela Lei n.º 30/2017, de 30/05.

⁴⁹ Vide o Regime Jurídico das Ações Encobertas, aprovado pela Lei n.º 101/2001, de 25/08.

⁵⁰ « *Designamos classicamente este problema como «nemo tenetur se ipsum accusare», o que quer dizer que o visado actua diante do controlo: ele pode comportar-se perante o controlo de forma estratégica, pessoal. Todavia, se os instrumentos são secretos, não pode, porque ele não sabe que está sob observação.»*, HASSEMER, Winfried, *Processo Penal e Direitos Fundamentais*, *Ibidem*, p. 21. Uma segunda ordem de preocupações que o A. expressa no texto, a propósito de um certo efeito colateral destes meios de obtenção de prova, atingindo igualmente a esfera de proteção de terceiros, não encontra, em princípio, eco no objeto deste estudo. A mesma desambiguação, quanto ao âmbito do *nemo tenetur* e na linha de ROGALL, é levada a cabo em SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 764 e 765.

⁵¹ Elencando os mesmos, HASSEMER, Winfried, *Processo Penal e Direitos Fundamentais*, *Ibidem*, p. 21.

declaração do arguido é uma expressão voluntária da sua liberdade de comportamentos no Processo ⁵², pese embora não se possa sustentar de forma viável a sua absolutização.

Radica aqui, nesta necessária relativização, a im procedência da fundamentação direta e imediata do *nemo tenetur* no princípio da dignidade humana, pois este não admite derrogações. Será então necessário procurar outra sede próxima de legitimação do *nemo tenetur* ⁵³.

É por isso que se entende que o *nemo tenetur* radicará no princípio da presunção de inocência, enquanto subprincípio do Estado de direito, a que o Estado português se encontra constitucionalmente adstrito ⁵⁴.

3. O *nemo tenetur* e a sua circunscrição ao âmbito sancionatório

O direito à não autoincriminação é um princípio restrito ao âmbito sancionatório. Se assim não fosse, haveria um falsear do seu propósito garantístico e uma degradação em instrumento de fraude à lei. Tal defraudar ocorreria sempre que, perante uma determinada exigência da Administração desfavorável ao cidadão, se pudesse invocar esta garantia e com isso dispensá-lo de cumprir com aquela exigência, não obstante obter ainda o benefício pretendido.

Assim, não se compreenderia que, por exemplo, no âmbito da concessão de uma licença ou autorização administrativas ⁵⁵, o cidadão pudesse invocar o *nemo tenetur* para se furtar à entrega de determinado elemento necessário para instruir o respetivo processo e, ainda assim, obter a pretendida autorização ou licença ⁵⁶, alegando que da entrega daqueles

⁵² A propósito da colaboração premiada e da sua ameaça ao *nemo tenetur*, in CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nuno, *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal*, *Ibidem*, p. 36. Também sobre a relação entre a *legislação premial* e o *nemo tenetur*, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 773, todavia, apenas para afastar uma derrogação do *nemo tenetur*, quando se pretenda a incriminação de terceiros e não de si mesmo.

⁵³ Uma breve arrumação, com referências, das teorias de fundamentação substantiva e de fundamentação processual encontra-se em SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, *Ibidem*, pp. 370 e 371 (cfr. ainda pp. 373 e 374 para as propostas teleologicamente orientadas e, por essa via, de de superação desta querela).

⁵⁴ Cfr. *infra*, Cap. I, ponto 5.

⁵⁵ Sobre autorizações de entrada em mercado regulado, vide CATARINO, *Regulação e Supervisão...*, *Ibidem*. Sobre a necessidade para entrar nos mercados regulados que, geralmente, se verifica, COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: O Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, p. 436.

⁵⁶ Em hipótese simétrica, Diogo Freitas do AMARAL aborda ainda a possibilidade de haver uma *revogação sancionatória* (*O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, pp. 224 e 225). No entanto, neste terceiro grupo de hipóteses alinhavado pelo A. – o de *controlo administrativo da licitude de certas atividades públicas ou privadas* – partilha-se sérias dúvidas de que se reconduzam ao entendimento perfilhado de âmbito

elementos resultaria a prova de que não reúne as condições exigidas para a concessão da autorização e o conseqüente indeferimento do pedido ⁵⁷.

Desta forma, há que concluir que o princípio *nemo tenetur* radica fundamental e exclusivamente no âmbito sancionatório, quer quanto ao seu fundamento e razão de ser, quer quanto ao seu campo de aplicação ⁵⁸.

Todavia, importa ainda concretizar aquilo que se entenda por *âmbito sancionatório*. Esta formulação, no pensamento que aqui lhe vai subjacente, põe essencialmente a tónica na possibilidade de ter lugar a aplicação de uma sanção ⁵⁹. Desta forma se entende que a proteção do *nemo tenetur* possa anteceder o próprio início formal de um processo sancionatório ou, bem assim, o início de diligências contra o visado ⁶⁰. É assim, por exemplo, no regime da proteção da testemunha, plasmado no art. 132.º, 2, do CPP e que já houve oportunidade de referir.

Por outro lado, hodiernamente, a possibilidade de aplicação de sanções aos cidadãos multiplica-se exponencialmente, com o largo desenvolvimento que o poder sancionatório da Administração conheceu nas últimas décadas ⁶¹, extravasando enormemente aquelas que

sancionatório. As dúvidas adensam-se particularmente em relação ao exemplo citado nesta n. r. Aliás, na mesma sede, o mesmo A. sublinha que esta *modalidade* do poder sancionatório da Administração não encontra expressa legitimação constitucional, carecendo a Constituição de uma futura revisão no sentido de abarcar uma cláusula geral de legitimação de todo o poder sancionatório administrativo.

⁵⁷ Contudo, não se deixa de sublinhar que, no âmbito contraordenacional, mormente, do direito administrativo sancionatório, a sanção não penal resultará igualmente de um ato administrativo, *sic* AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, pp. 217 e 218.

⁵⁸ COSTA, José de Faria, *Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do numerus clausus na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)*, *Ibidem*, pp. 3 a 6 e *Noções fundamentais...*, *Ibidem*, pp. 28 e 29 e ainda SILVA DIAS / Costa RAMOS, ..., pp. 244 a 246.

⁵⁹ Abarcando, então, não só e obviamente a sanção penal, como ainda uma sanção aplicada no âmbito do “*Direito Sancionatório Público*”, desenvolvido em ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, com particular enfoque na p. 114.

⁶⁰ Dentro de um processo (já) sancionatório, *in casu*, o processo contraordenacional, mas ainda dentro da fase administrativa, é de sustentar a sua afirmação. Neste sentido, ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, p. 127 e n. r. n.º 91, para quem, o antigo art. 89.º, 2, al. c) do CPA, atual art. 117.º, 2, al. c) do CPA, permite a “*recusa legítima*” da entrega de documentos autoincriminadores, mesmo que o regime sancionatório especial que possa estar em causa não tenha uma previsão do género.

⁶¹ Sobre a legitimidade constitucional das competências sancionatórias da Administração, cfr. COSTA, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da, *O Recurso para os Tribunais Judiciais da Aplicação de Coimas*, *Ibidem*, pp. 44 e ss. e AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, pp. 227 e ss. No domínio da regulação da comunicação social, cfr. ROQUE, Miguel Prata, *Os poderes sancionatórios da ERC*, *Ibidem*, p. 437. Neste âmbito e sobre a recompreensão do princípio democrático neste quadro, CANOTILHO, J. J. Gomes, *O princípio democrático...*, *Ibidem*, pp. 102 e ss. Com particular atenção, a propósito das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, a Constituição e a Administração, no quadro do “*administrative constitutionalism*”, que ganha novos nódulos problemáticos com as “*novas tarefas da Administração e novos actores públicos*”, entre os quais, as agências e autoridades reguladoras, cfr. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *O Administrative Constitutionalism: Resgatar a Constituição...*, *Ibidem*, pp. 398 e ss. Sublinhando a subordinação da Administração à Constituição, no exercício dos seus poderes sancionatórios, SILVA, Paula Costa e, *As autoridades independentes...*, *Ibidem*, p. 560. Identificando o direito

eram as fronteiras de um processo formalmente constituído e a decorrer ⁶².

É assim que o *nemo tenetur* estende o seu raio de ação para lá do âmbito formalmente sancionatório, também no sentido em que proíba a valoração de elementos obtidos em sua derrogação, numa outra qualquer sede ou processo. Assim, subscreve-se um entendimento lato do que seja o âmbito sancionatório para efeitos de reconhecimento do *nemo tenetur*.

4. O *nemo tenetur* e o sistema acusatório

O sistema acusatório ⁶³, que entre nós decorre da própria Constituição ⁶⁴ e é depois concretizado, densificado e transversalmente aplicado ao Processo Penal pelo CPP, propugna uma separação estrutural e funcional entre a entidade que, primeiro, investiga e acusa e, depois, a entidade a quem caberá o julgamento ⁶⁵.

É assim que a magistratura se encontra desdobrada entre a magistratura judicial, ou

contraordenacional como o “*direito sancionatório por excelência*” do Estado Regulador, BRANDÃO, Nuno, *Sistema Contra-Ordenacional a Diferentes Velocidades...*, *Ibidem*, pp. 278 e 279. Cfr. ainda, em crítica à opacidade do Estado-Regulador, CALVETE, Victor, *Entidades Administrativas Independentes...*, *Ibidem*. Mais recentemente, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Garantias e Evolução do Direito de Mera Ordenação Social...*, *Ibidem*, p. 245.

⁶² Daí que, na sua jurisprudência e desde o Ac. *Engel*, o TEDH propugne um entendimento finalista do que seja *acusação em matéria penal*, ajustada ao propósito garantístico da CEDH, cfr. BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos...*, *Ibidem*, pp. 166 e 167. Vide ainda JACOBS, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, *Ibidem*, pp.83 e ss. No quadro da CDFUE, não tem lugar a delimitação que ocorre na CEDH. Além disso, há ainda que fazer um apelo à “*importância das medidas repressivas dentro da União*” para, concomitantemente, se defender a vigência das garantias de defesa também em processos sancionatórios não penais – Cfr. LOUREIRO, Flávia Norversa / PITON, André, *Presunção de Inocência e Direitos de Defesa*, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, *Ibidem*, p. 552 e ainda AA. VV., *Lei da Concorrência Anotada*, *Ibidem*, pp. 176 a 178. Todavia, sustentando uma identidade de sentido e âmbito entre o art. 48.º da CDFUE e o art. 6.º da CEDH, AA. VV., *Anotação à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, *Ibidem*, p. 150.

⁶³ Pese embora temperado por um princípio de investigação, que o afasta de um processo de partes, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, p. 31. No quadro de um direito sancionatório e no horizonte espanhol, desdobrando o princípio acusatório em três finalidades – i) delimitação do objeto do processo; ii) permitir o exercício adequado da defesa e iii) uma antecipação do conhecimento pelo Juiz, cfr. LOBO, José María Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, *Ibidem*, pp. 63 e ss. Para um percurso histórico pela evolução dos sistemas processuais penais, passando pela caracterização dos sistemas inquisitório e acusatório, cfr. CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, *Ibidem*, pp. 17 a 101. Para uma análise de confronto entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, cfr. NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova...*, *Ibidem*, pp. 58 a 63.

⁶⁴ No sentido de que o *nemo tenetur* será um pilar estrutural do processo acusatório, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, p. 176. Sublinhando que esta estrutura acusatória é mitigada por um princípio de investigação, COSTA, José de Faria, *Um Olhar Cruzado...*, *Ibidem*, p. 190. Falando num *princípio de instrução*, NETO, Theodomiro Dias, *O Direito ao Silêncio...*, *Ibidem*, p. 180. Distinguindo o princípio do dispositivo do princípio da *investigação, instrutório, inquisitório* ou da *verdade material*, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Ónus de alegar...*, *Ibidem*, p. 126.

⁶⁵ Objetivamente, traduzindo-se na separação entre inquérito e julgamento, ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, p. 129.

judicatura, a quem cabe o julgamento do processo e o MP, enquanto titular da ação penal e garante da legalidade, a quem caberá, uma vez recebida e adquirida a notícia do crime, proceder à sua investigação, em articulação, mas de uma posição hierarquicamente superior, com os órgãos de polícia criminal.

Desta forma e como decorrência necessária, é a quem cabe investigar e acusar que cabe fazer prova dos factos pelos quais acusa determinada pessoa.

Mais, o visado pela investigação pode remeter-se ao silêncio, certo de que, ao contrário do que sucederá noutros ramos adjetivos do Direito, mormente no Processo Civil, o seu silêncio não será valorado como confissão ou anuência tácita dos factos, nem estes serão considerados provados por ausência de impugnação ⁶⁶.

Assim, bem se pode concluir que é muito estreita a ligação que existe entre a estrutura acusatória e o *nemo tenetur* ⁶⁷ – uma vez que ambos se complementam ⁶⁸ e na medida em que o ónus de provar recai sobre quem acusa ⁶⁹ – que será, necessariamente, diferente de quem julga – e não pode ser invertido ao ponto de recair e onerar quem está a ser acusado ⁷⁰.

Note-se ainda que daqui resulta igualmente não recair sobre o arguido qualquer *ónus de alegar*, isto é, uma qualquer exigência de trazer ao conhecimento do julgador factos, na medida em que o próprio julgador estará comprometido por um princípio de investigação

⁶⁶ Daí o carácter facultativo da contestação no Processo Penal e que resulta do art. 315.º, 1, do CPP. Aliás, a apresentação da contestação corresponde inclusivamente a um momento *estratégico* da defesa do arguido, na medida em que pode optar por reservar os argumentos e aporias que pretende apontar contra a acusação para o momento do julgamento. Para a ligação entre o princípio da presunção de inocência, o ónus da prova a cargo da acusação, o *in dubio pro reo* e a proibição de *non liquet*, assumindo, então, o princípio da presunção de inocência o carácter de regra probatória, cfr. PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português...*, *Ibidem*, pp. 32 e ss. e VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Penal*, *Ibidem*, pp. 121 e ss. Sobre o “*direito à presunção de inocência*”, negando-lhe o carácter de verdadeira presunção em sentido técnico e separando-o do “*in dubio pro reo*”, MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp. 303 a 308.

⁶⁷ MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 16., sustentando ainda que a consagração de um direito à não autoincriminação implicou a rejeição de um sistema de tipo inquisitorial, observação feita em idênticos moldes para o princípio da presunção de inocência em PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português...*, *Ibidem*, p. 26. Cfr. ainda ALFAFAR, Diana Patrício, *O nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração...*, *Ibidem*, p. 25 e REIS, Pedro, *Dever de Verdade – Direito de Mentir*, *Ibidem*, p. 459.

⁶⁸ Assim, Ac. do TC n.º 340/2013, Processo n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO. Para uma ligação do direito ao silêncio e da presunção de inocência como conformadores de um espaço de liberdade ao arguido, VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência...*, *Ibidem*, pp. 94 e 95.

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Ónus de alegar...*, *Ibidem*, p. 128.

⁷⁰ Neste sentido, sublinhando que no inquisitório medieval o *nemo tenetur* era impotente e a confissão do arguido era objeto de uma intensa perseguição, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, *Ibidem*, p. 364. Na medida em que este possa ser um dos fundamentos do *privilege against self-incrimination*, REIS, Pedro, *Dever de Verdade – Direito de Mentir*, *Ibidem*, p. 459.

que atenua o a estrutura acusatória do processo penal ⁷¹.

Por seu turno, quem está a ser acusado poderá remeter-se garantida e consabidamente ao silêncio, certo de que isso não será valorado contra si ⁷². *A contrario*, seria uma inadmissível inversão do ónus da prova ⁷³ obrigar quem está a ser investigado a produzir prova contra si próprio.

5. O *nemo tenetur* e o princípio da presunção de inocência

Existe igualmente uma grande proximidade entre o *nemo tenetur* e o princípio da presunção de inocência ⁷⁴ que, entre nós e nos termos constitucionais ⁷⁵, vale para todos e até ao trânsito em julgado da decisão condenatória ⁷⁶, podendo considerar-se um princípio

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Ónus de alegar...*, *Ibidem*, p. 139.

⁷² Destaque-se ainda que o a estrutura acusatória do processo terá ainda o condão de propiciar acordos, ali onde se possam admitir, sendo por isso difícil, no processo contraordenacional em que vingue uma estrutura inquisitória, que o arguido se predisponha a chegar a acordo com quem sobre ele possa já ter um pré-entendimento, em virtude de investigação prévia, como sublinha BRANDÃO, Nuno, *Acordos Sobre a Decisão Administrativa e Sobre a Sentença...*, *Ibidem*, p. 599. No entanto, vejam-se as críticas a um sistema de acordos sobre a sentença da ótica do direito ao silêncio e ao *nemo tenetur* em SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 773.

⁷³ Para a conexão entre o direito ao silêncio e o ónus da prova, EASTON, Susan, *The Case for The Right to Silence*, *Ibidem*, pp. 180 a 183.

⁷⁴ Princípio consagrado na ordem jurídica por diversas vias e de várias fontes, a saber: i) o art. 32.º, 2, da CRP; ii) art. 11.º, 1, DUDH; iii) o art. 14.º, 2, do PIDCP, iv) o art. 6.º, 2, da CEDH e v) o art. 48.º da CDFUE – PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*, *Ibidem*, p. 25. Para um roteiro histórico pela afirmação do princípio da presunção de inocência, com referência também às abordagens críticas que recebeu, cfr. VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência...*, *Ibidem*, pp. 30 a 58. Cfr. ainda SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 191 e AREIAS, André Paralta, *Indevida Privação da Liberdade...*, *Ibidem*, pp. 247 a 252. Sobre o princípio da presunção de inocência na CDFUE, cfr. LOUREIRO, Flávia Norversa / PITON, André, *Presunção de Inocência e Direitos de Defesa*, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, *Ibidem*, p. 547. Sobre o princípio da presunção de inocência e recentes desenvolvimentos no âmbito da cooperação no espaço europeu, cfr. ANTUNES, Maria João / COSTA, Joana, *Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa ao Reforço de Certos Aspectos da Presunção de Inocência e do Direito de Comparecer em Tribunal em Processo Penal...*, *Ibidem*, pp. 21 a 43.

⁷⁵ Realçando precisamente que apenas o princípio da presunção de inocência (a par com o direito a defensor) foi expressamente acolhido pela CRP e referindo doutrina que dele faz decorrer os direitos ao silêncio e à não autoincriminação, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 133. Fazendo decorrer o direito à não autoincriminação da presunção de inocência, ECHAGÜE, Juan Manuel Alvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario...*, *Ibidem*, p. 11. Ac. do TC n.º 269/2003, de 27/05, rel. Benjamim RODRIGUES. Entendo que da consagração constitucional do direito à presunção de inocência resultou um alargamento da sua valência para lá de “*mero princípio da prova*”, SILVA, Germano Marques da, *O princípio da presunção de inocência...*, *Ibidem*, pp. 42 e 43. *Vide* ainda, no quadro da CEDH, BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos...*, *Ibidem*, pp. 205 a 209.

⁷⁶ Art. 32.º, 2, 1.ª pt., da CRP - «*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação*».

ético-axiológico, com importantes refrações ao nível processual ⁷⁷.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência deve ser entendido como o fundamento do *nemo tenetur* ⁷⁸, na medida em que, porque se qualifica qualquer pessoa como presumivelmente inocente até que uma decisão condenatória transitada em julgado disponha diferentemente, torna-se inevitável munir essa pessoa de uma série de direitos inerentes à sua condição de inocente ⁷⁹.

Além disto, a cabal tutela do princípio da presunção de inocência só se alcança assegurando devidamente, em linha com a jurisprudência do TEDH, o direito ao silêncio, o direito à não autoincriminação e a preservação do carácter voluntário da cooperação ⁸⁰.

Entre esses direitos pontificará o *nemo tenetur*, isto é, o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, nomeadamente, mas não só, testemunhal ⁸¹.

É também muito próxima a relação entre o princípio de presunção da inocência e o princípio do acusatório ⁸², que veio pôr termo ao reinado de domínio do sistema inquisitório, no qual o juiz era um juiz persecutório e não alguém colocado acima das partes, das quais está *equidistante* ⁸³.

Assim, representou indubitavelmente uma conquista civilizacional, na medida em que o acusado, arguido ou investigado, beneficiando da presunção da inocência, passa a ver-lhe reconhecido um estatuto de verdadeiro sujeito processual, com toda a carga de direitos e garantias inerentes, e não um mero objeto, à mercê incontestável de diligências de toda a

⁷⁷ Especialmente, para a condição do arguido enquanto meio de prova, ao fazer depender a sua utilização como tal do cumprimento daquilo que seja a sua manifestação de vontade – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, p. 27. Cfr. também SILVA, Germano Marques da / SALINAS, Henrique, (anot. ao art. 32.º) in MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *Ibidem*, pp. 722 e 723.

⁷⁸ A favor, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 132 e ss., SILVA, Maria de Fátima Reis, *O direito à não auto-incriminação*, *Ibidem*, pp. 59 e ss.. Contra, RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Iuris 2000... Parte II*, PP. 67 e ss., MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1071.

⁷⁹ Como a jurisprudência do TEDH tem entendido, «[p]ara além da proibição de inversão do ónus da prova, a presunção de inocência implica outras consequências: a preferência das sentenças absolutórias face às decisões que se limitam a arquivar o processo; a rejeição da determinação da uma pena nos referidos despachos de arquivamento; bem como a recusa da atribuição de custas a arguidos não condenados.», RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo...*, *Ibidem*, p. 11.

⁸⁰ ANTUNES, Maria João / COSTA, Joana, *Comentário...*, *Ibidem*, p. 23.

⁸¹ MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 14. No mesmo sentido, COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: O Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, pp. 451 e 452.

⁸² PATRÍCIO, Rui, *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido...*, *Ibidem*, p. 13.

⁸³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá, *Exame de Alcoolemia: Sua Validade como Prova no Processo Penal*, *Ibidem*, p. 128. No mesmo sentido, PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português...*, *Ibidem*, p. 26.

ordem ⁸⁴.

A este propósito e num apontamento especificamente relevante para o presente estudo, pode ainda assacar-se uma abrangência maior ao princípio da presunção de inocência, do que de mero limite a abusos de cariz inquisitório. Assim, o princípio da presunção de inocência deverá ser mobilizado quando e onde se propugnar ou verificar uma sujeição do arguido ou visado a diligências que lhe retirem a sua margem para se comportar estrategicamente. Aí, a presunção de inocência evitará a tal redução do arguido a objeto do processo ⁸⁵.

Em breves palavras, realce-se a importante consequência do princípio da presunção de inocência em matéria probatória – quando, na formação da sua convicção, o julgador esbarre numa dúvida insuperável e, vinculado que está a uma proibição de não julgar (*non liquet*), deve decidir pela absolvição do arguido, considerado não provada a factualidade constante da Acusação ⁸⁶.

Numa importante conclusão deste ponto, o princípio da presunção de inocência é o imediato fundamento do *nemo tenetur*, constituindo este última vertente operativa e processual daquele princípio. Na lógica inversa, uma violação do *nemo tenetur* ataca precisamente a presunção de inocência, derogando-a.

6. *Nemo tenetur*, estratégia processual, vinculação temática e a rejeição da *inquisitio generalis*

Cabem ainda mais duas funções e objetivos ao *nemo tenetur*, compreendido em estreito diálogo com o princípio da presunção de inocência. Por um lado, não obrigar o

⁸⁴ Essa condição de sujeito manifestar-se-á duplamente – ao ser guarnecido com um direito de defesa, bem como, pela garantia de presunção de inocência, como sustenta DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, p. 27. Cfr. também SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus ...*, *Ibidem*, p. 133.

⁸⁵ Lapidariamente, escrevia-se já em 1994 - «O espaço lógico do princípio alargar-se-á, de modo a que a sua violação começará onde se reduza o arguido a objecto, não se lhe reconhecendo, como decorrência das garantias de defesa, o direito de não colaborar, de mentir ou de se calar, e transfigurando-se, assim, o dever de provar a acusação em poder da entidade acusadora.», PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º...*, *Ibidem*, p. 104.

⁸⁶ Situação que é bastante diferente de decidir *em desfavor* da Acusação, por imperativo de um qualquer *onus de prova material*. Assim não é, desde logo, pois a Acusação será ancilar do julgador na descoberta da verdade. Mas também porque se impõe o princípio da presunção de inocência em matéria probatória (*in dubio pro reo*) e não o tal *onus de prova material*. Pontos realçados e desenvolvidos em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Ónus de alegar...*, *Ibidem*, p. 140. Sobre o princípio *in dubio pro reo*, cfr. também RUÇO, Alberto Augusto Vicente, *Prova e Formação...*, *Ibidem*, pp. 295 a 298.

sujeito visado a atuar contra o seu próprio interesse ⁸⁷ e, por outro lado, impedir que sobre todos os cidadãos recaia uma geral e abstrata suspeita de criminalidade, que justificasse manobras inquisitórias sem âmbito temático definido.

Assim e em primeiro lugar, passa a reconhecer-se ao sujeito uma margem de atuação estratégica, na qual se pode escudar para se escusar a colaborar com a investigação ⁸⁸.

Pelo contrário, se assim não fosse, poder-se-ia aceitar – o que do ponto de vista da pura eficácia até seria altamente recomendável – que se estabelecesse sobre todos um dever geral de cooperação, ao abrigo do qual, qualquer visado não tivesse qualquer margem de *resistência legítima*, da qual se socorrer ⁸⁹.

Nessa situação, constitucionalmente inviável, qualquer cidadão passaria a partilhar de um ónus – o de (se) acusar – que deve caber exclusivamente ao poder público ⁹⁰. Essa inversão do ónus da prova ⁹¹ obrigaria o sujeito a fazer prova da sua inocência, uma prova difícil e de cariz *negativo*, o que tornaria extremamente complicado afastar aquela *presunção geral de culpabilidade*, fazendo com que a esmagadora maioria das acusações resultassem em condenações ⁹².

Além disto, no que se liga à segunda função acima referida, o *nemo tenetur* mantém ainda uma relação muito próxima com a vinculação temática da investigação, que impede que se levem a cabo investigações gerais, sem serem especificamente orientadas para determinados indícios da prática de certos e concretos tipos legais de crime.

Com efeito, esta vinculação temática não se há de fazer sentir com a mesma intensidade ao longo de todo o processo penal. Note-se que, na fase de inquérito, por exemplo, o objeto do processo não está ainda perfeitamente estabelecido e estabilizado.

⁸⁷ CONDE, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo...*, *Ibidem*, p. 1014.

⁸⁸ Inexistindo assim um dever de cooperação no ordenamento jurídico que recaia sobre o arguido com um sentido lato e transversal, BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Anotação, numa perspetiva de Direito Penal e de Criminologia...*, *Ibidem*, pp. 94 e 95.

⁸⁹ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 191.

⁹⁰ «*E pode mesmo o direito ser fonte de pressões psíquicas tais ao ponto de empurrar o homem para comportamentos que podemos quase dizer “contra a natureza”?* É justo que o direito, normalmente servidor do homem, se possa tornar patrão, ordenando-lhe comportamentos (ao menos, aparentemente) irracionais?», PERINI, Andrea, *Ai Margini dell’Esigibilità: Nemo Tenetur se Detegere e False Comunicazione Sociali*, *Ibidem.*, p. 538.

⁹¹ Que se pode conseguir, p. ex., pela representação como *normais* (normalidade estatístico-empírica) de determinados factos, como salienta DIAS, Jorge de Figueiredo, *Ónus de alegar...*, *Ibidem*, p. 142.

⁹² Assim, «*A primeira razão do direito ao silêncio é, deste modo, a própria presunção de inocência do arguido.*», PALMA, Maria Fernanda, *O direito à não auto-incriminação*, in *Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.ºs 1.

Contudo, quando o juiz de instrução ⁹³ pondera a autorização ou não de determinada diligência de prova, há de perguntar pelos concretos indícios que fundamentam aquela concreta promoção e aí caberá à investigação mostrar que as diligências que pretende levar a cabo assentam numa investigação tematicamente orientada ^{94,95}.

Com efeito, estas considerações encontram eco nas preocupações geradas pelo dever *geral* de cooperação do visado ⁹⁶, com essa mesma lata amplitude que muitas vezes é consagrado na Lei. Ao estabelecer-se esse dever geral de cooperação mais não se faz do que estabelecer, por princípio, essa mesma *inquisitio generalis*, tornando letra morta o princípio de presunção de inocência que a todos assiste ⁹⁷.

Contudo e perante estas observações, impõe-se uma pergunta – então, entende-se que a consagração de um dever de cooperação é inconstitucional por violação do princípio da presunção de inocência?

Como se verá *infra*, não se partilha desse entendimento. Julga-se que é ainda possível compatibilizar esse comando legal com os cânones constitucionais ⁹⁸. Para tanto, torna-se

⁹³ Sobre a competência do juiz de instrução, dispõe o art. 17.º do CPP e, no que às medidas de coação nas fases de inquérito ou de instrução concerne, o art. 194.º do CPP e ainda, sobre a reserva de juiz, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *Ibidem*, pp. 667 e ss., MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades...*, *Ibidem*, pp. 38 e ss., MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, p. 140 e, sobre a jurisdição, NEVES, António Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, *Ibidem*, p. 5.

⁹⁴ «Assim, atuando perante o processo, pode fazer-se valer perante a incriminação penal abstrata, proscrevendo os chamados “delitos de suspeitas” e fundamenta tanto a proibição de investigações prospetivas, que se projetem indiscriminadamente sobre a generalidade dos cidadão, quanto da pesquisa genérica sobre a atividade vital de um indivíduo concreto (*inquisitio generalis*).», ANTÓN, Tomás Vives, *El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia*, pp. 37 e 38.

⁹⁵ No mesmo sentido, referindo que - «Sem prejuízo de, na primeira fase da investigação criminal – entre nós o inquérito -, não haver ainda uma vinculação temática (que, como é sabido, só passa a existir com uma acusação em sentido material), a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos impõe que toda a investigação criminal seja tematicamente orientada e circunscrita por factos típicos concretos – desde logo, os constantes da notícia do crime -, imputáveis a alguém cuja responsabilidade criminal seja susceptível de ser apurada, o que implica a não admissão de que as investigações criminais possam redundar em ilimitadas devassas, orientadas *ad hominem contra certos cidadãos*.», VEIGA, Raúl Soares da, *O Juiz de Instrução e a Tutela dos Direitos Fundamentais*, *Ibidem*, p. 185.

⁹⁶ No horizonte tributário, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário*, p. 177.

⁹⁷ Assim, sobre o caso *Saunders v. Reino Unido*, julgado pelo TEDH - «A este propósito, alguma doutrina observou que a orientação seguida pela Comissão e pelo TEDH visa, acima de tudo, evitar as designadas “expedições de pesca” (fishing expeditions) por parte das autoridades administrativas, estando a recusa da entrega de documentos incluída no artigo 6º da CEDH, sempre que se trate de documentos aos quais as autoridades não teriam acesso de outra forma, que não o serem entregues pelos próprios arguidos.», MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 33. Em sentido crítico da jurisprudência *Orkem* na mobilização que faz do critério dos elementos existentes independentemente da vontade do arguido, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 231 e ss. que, de forma muito expressiva mas certa, sustenta - «Também a arma do homicida ou as jóias roubadas existem independentemente da sua vontade mas, por isso, não vai poder exigir-se ao acusado de um homicídio ou de um roubo que as entregue na fase de investigação prévia ao processo penal.» (pp. 231 e 231).

⁹⁸ Sobre a relação entre o princípio da presunção de inocência e o princípio acusatório, entre nós, constitucionalmente imposto e vertido – «A presunção de inocência impede a possibilidade e o princípio

imperativo que, em matéria de direito sancionatório ⁹⁹, esse dever de cooperação não encontre ressonância e persiga tão-só e apenas um escopo e obedeça a preocupações de carácter preventivo ou profilático, em termos e com restrições que se terá oportunidade de desenvolver adiante.

7. Nemo tenetur e os direitos de audição e ao contraditório

O direito de audição e ao contraditório ¹⁰⁰ é uma garantia *positiva*, de *participação* que ao sujeito assiste ¹⁰¹. Em particular assenta na ideia de que ninguém pode ver ser-lhe aplicada uma sanção sem que tenha tido a oportunidade de se pronunciar sobre os factos que fundamentam a sua aplicação.

Em termos mais latos, pretende dar uma oportunidade ao visado de conformar o processo com a sua versão dos factos. É a *dimensão conformadora* do direito de audição e ao contraditório ^{102,103}, podendo falar-se então de *liberdade de declaração* ¹⁰⁴.

Além desta *dimensão conformadora* ¹⁰⁵, que é a mais próxima do direito de audição ¹⁰⁶, há ainda que destacar a dimensão do contraditório. Só do confronto entre as várias versões dos factos é que pode emergir a convicção do julgador. Se não fosse dada a

acusatório modela um processo congruente com essa estrutura [de respeito pelo arguido como sujeito e não mero objeto da investigação]», El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia, Ibidem, p. 38, considerando entre parêntesis retos da nossa autoria.

⁹⁹ Como refere mais adiante Tomás Vives ANTÓN, a propósito do âmbito do princípio da presunção de inocência - «E, com certeza, a presunção de inocência projeta-se sobre todo o processo penal, tanto em cada uma das suas fases consideradas individualmente, como na sua configuração global», *El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia, Ibidem, p. 38.*

¹⁰⁰ Enquanto princípios – “da contraditoriedade e da audiência” – enquadrados nos “princípios relativos à prossecução processual”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, Ibidem, pp. 148 a 162.*

¹⁰¹ No âmbito da detenção, materializa-se, de forma extremamente relevante, no «Direito a ser ouvido por um juiz no mais curto prazo possível (arts. 5.º, § 3.º, da CEDH e 28.º, n.º 1, da CRP).», RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo..., Ibidem, pp. 3.* Para desenvolvimento da fundamentação do direito de audiência e ao contraditório, quer na lei portuguesa, quer em convénios internacionais, bem como as suas concretizações no CPP, vide CASTANHEIRA, António Rui de Sousa, *Os direitos de defesa..., Ibidem, pp. 97 e 98.*

¹⁰² Aliás, constituirá uma das dimensões da igualdade de armas, ideia típica dos “adversarial proceedings”, RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo..., Ibidem, p. 13.*

¹⁰³ Ressalvando que, salvo num processo de estrutura acusatória integral, o Juiz não é um espectador passivo, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, Ibidem, p. 149.*

¹⁰⁴ Como o faz o Ac do TC n.º 461/2011, rel. Cons. Catarina Sarmiento e CASTRO.

¹⁰⁵ Acentuada em 1974 como “moderna tendência”, em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, Ibidem, pp. 152 e 153*

¹⁰⁶ Afastando como fundamentação imediata, mas aceitando como fundamentação última do princípio da audiência, o “respeito absoluto pela dignidade humana”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, Ibidem, p. 154.*

possibilidade de uma das partes apresentar a sua versão dos factos, essa convicção pecaria por ser unilateral, conformando-se apenas por uma das partes. Aliás, ainda que se negue e rejeite uma das versões apresentadas, tem de ser tida em conta, para efeitos de fundamentação da sua desconsideração ¹⁰⁷.

No entanto, daqui não se pode retirar a ilação de que melhor seria obrigar o sujeito a pronunciar-se sobre os factos, retirando-lhe assim o direito ao silêncio. Este direito à audição e ao contraditório, de acordo com a matriz do Estado de direito, terá de ser sempre uma faculdade e nunca uma obrigação ou dever.

Com efeito, o arguido pode prestar declarações a qualquer momento quando esteja em causa a tomada de decisões que o afetem ¹⁰⁸, mesmo quando a tal não seja instado ou convidado, o que mostra o carácter de direito que a audição do arguido reveste.

Já sobre o direito de audição no processo contraordenacional, é necessário realçar o papel conformador e alargador do leque de direitos de defesa do arguido da Reforma de 1995 que, nomeadamente e em linha com o que já vinha sendo defendido por Maria Fernanda PALMA e Paulo OTERO, modificou o conteúdo do direito de audição do arguido, passando a fazer depender da mesma também a aplicação de sanção acessória ^{109,110}. Sobre este ponto das garantias de defesa no processo contraordenacional, haverá ainda oportunidade de maior desenvolvimento adiante.

Em suma, os direitos de audição e ao contraditório exigem que seja garantida ao arguido a possibilidade de, numa posição próxima à do aparelho estatal de investigação – pese embora e obviamente, sem o mesmo arsenal investigatório ¹¹¹ – conformar o desenrolar do processo através das suas declarações e outros meios de expressão. Esses contributos devem ser avaliados por uma entidade acima dos sujeitos processuais, sem qualquer pré-

¹⁰⁷ Sublinhando estas duas margens – de audição e de contraditório, DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 310.

¹⁰⁸ Direito reconhecido pelo art. 61.º, 1, al. b) do CPP.

¹⁰⁹ Embora, naturalmente, o contraditório tenha uma densificação muito menor na fase administrativa do processo contraordenacional, DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 299.

¹¹⁰ DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo de contra-ordenação...*, *Ibidem*, p. 301.

¹¹¹ Afastando-se assim o carácter de processo de partes ao Processo Penal, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, p. 33.

juízo formado ^{112,113}.

8. *Nemo tenetur* e o direito ao silêncio – uma relação umbilical

Com efeito, a possibilidade do arguido se remeter ao silêncio, não sendo tal negativamente valorado pelo Tribunal constitui o cerne desta garantia de defesa ¹¹⁴. É uma possibilidade indispensável para quando o arguido não possa (ou não queira) oferecer versão alternativa dos factos apresentados pela Acusação e que essa mesma versão alternativa lhe seja favorável ¹¹⁵. Além de *expressão máxima* dessa liberdade do arguido, do direito ao silêncio faz parte o direito à não autoincriminação ^{116,117}.

Outrossim, como refere ROXIN, «*O silêncio do acusado não pode ser tido como prova contra si, ainda no caso pouco provável de que uma pessoa totalmente inocente fosse calar-se numa determinada situação*» ¹¹⁸. Todavia, o mesmo A. convoca ainda a jurisprudência alemã, na qual se revê, para sustentar o que se pode definir como a exigência

¹¹² «*Em consequência, é necessário um sistema de garantias, mediante o qual o cidadão possa opor as suas razões, em situação de igualdade, às do aparato estatal: as novas relações de poder exigem uma nova configuração da conceção de verdade, da qual faça parte, como um momento interno, a exigência de contraditório*», ANTÓN, Tomás Vives, *El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, *Ibidem*, pp. 29.

¹¹³ Sobre a “*igualdade de armas entre acusação e defesa*”, na fase do inquérito, sublinhando uma desigualdade mitigada pelo papel e pelas competências do juiz de instrução, bem como tecendo considerações sobre o segredo de justiça nesta fase, *vide* PEREIRA, Rui, *O domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, *Ibidem*, pp. 126 a 128.

¹¹⁴ O direito ao silêncio será então a “*expressão maior*” da autodeterminação do arguido, MENDES, Paulo de Sousa, *O Processo Penal entre a Eficácia e as Garantias*, *Ibidem*, p. 75. Cfr. também BOLIEIRO, Helena, *As Declarações do Arguido nas Fases Preliminares...*, *Ibidem*, p. 36. Um breve enquadramento histórico do direito ao silêncio, desde o seu germinar até à afirmação como *trivialidade processual* em NETO, Theodomiro Dias, *O Direito ao Silêncio...*, *Ibidem*, p. 186. Sobre o percurso histórico de afirmação do direito ao silêncio, próximo do *nemo tenetur*, cfr. EASTON, Susan, *The case for the right to silence*, *Ibidem*, pp. 1 a 3.

¹¹⁵ A propósito - «*É facilmente explicável a relação deste direito com o direito ao silêncio, uma vez que, não sendo reconhecido ao arguido o direito a manter-se em silêncio, este seria obrigado a pronunciar-se e a revelar informações que poderiam contribuir para a sua incriminação.*», in Ac. do TC n.º 340/2013, Processo n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO.

¹¹⁶ O direito ao silêncio será assim o “*núcleo quase absoluto*” do *nemo tenetur*, embora não se confundam um com o outro, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 21.

¹¹⁷ Pese embora, a origem de um e de outro possa não ser comum, cfr. MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1068.

¹¹⁸ ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, pp. 88 e 89.

de uma apreciação global do depoimento ^{119,120,121}.

Ora, parece que neste caso não se pode falar de verdadeiro exercício de direito ao silêncio, uma vez que mais parece tratar-se de um depoimento incompleto ou lacunoso, sujeito à livre apreciação que o julgador dele faça. Ou seja, se é verdade que ao arguido deve ser reconhecido o direito de se remeter ao silêncio, não é menos verdade que, uma vez que o arguido decida pronunciar-se sobre determinados factos, a incompletude ou imprecisão das suas declarações não podem deixar de ser valoradas ¹²².

Por exemplo, se o arguido apresentar uma memória cristalina e arguta sobre determinados factos, mas se mostrar esquecido em relação a outros acontecimentos temporalmente próximos, muito possivelmente, tal pode constituir um abalo na credibilidade probatória das suas declarações.

Situação algo próxima e que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou no caso *John Murray vs. United Kingdom* ¹²³, é aquela em que o arguido se remeteu ao silêncio e, do outro lado, a acusação apresentou uma versão dos factos, resultante da produção de prova, que colhe plausibilidade e se demonstra coerente e verosímil ¹²⁴.

Ora, aqui não se tratará, tanto e já, de valorar (negativamente) o silêncio do arguido, mas sim de valorar a versão dos factos alinhavada pela acusação, sem encontrar na atuação do arguido – mormente, fruto do silêncio total a que se remeteu – razões que obstem à procedência e verosimilidade daquele relato dos acontecimentos.

Não se trata, ainda e sequer, de inverter o ónus da prova, que corre todo por conta da acusação, uma vez que a acusação, na hipótese em análise, cumpriu esse ónus. Aliás, se outra fosse a solução, bastaria ao arguido remeter-se a um silêncio total para bloquear completamente a possibilidade de condenação.

¹¹⁹ «A jurisprudência alemã apenas aceita uma exceção a esta regra: se alguém presta declarações num sentido geral, mas permanece em silêncio relativamente a aspetos pontuais ou, quando se lhe pergunta por aspetos concretos e permanece igualmente em silêncio, pode dali advir uma situação adversa (BGHSt 20, 298)», ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, p. 89.

¹²⁰ Invocando o tema da mobilização do princípio da boa fé e do princípio do abuso do direito quando o direito à não autoincriminação seja seletivamente invocado, embora deixando a questão em aberto, cfr. MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 17

¹²¹ É preciso ainda referir que os “*aspectos concretos*” a que se refere Claus ROXIN não podem ser perguntas sobre o conteúdo das declarações do arguido, uma vez que, nos termos do art. 61.º, 1, al. d), 2.ª parte, o direito ao silêncio do arguido incorpora ainda as perguntas “*sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*”.

¹²² No mesmo sentido, falando de “*silêncio parcial*” e em linha com a jurisprudência do BGH, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 772.

¹²³ 25 de janeiro de 1996, caso 41/1994/488/570.

¹²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo...*, *Ibidem*, p. 10.

Naquilo que ao processo contraordenacional diz respeito, pronunciando-se contra a ampliação do direito ao silêncio com toda a sua valência e amplitude conferidas pelo CPP e fundamentando essa posição com base nas especificidades da supervisão, bem como dos ilícitos que pretende reprimir e dos bens que se destina a proteger pronunciou-se, nomeadamente, Helena MAGALHÃES BOLINA^{125,126,127}.

No entanto, há uma diferença radical entre o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação, que se torna facilmente compreensível a partir da perspectiva da sua derrogação, isto é, o momento em que se pode dizer que um e outro se consideram afetados¹²⁸.

O direito ao silêncio ver-se-á perturbado sempre que não for respeitado o espaço de autodeterminação do arguido para não prestar quaisquer declarações nem cooperação de qualquer outra ordem. São várias e variadas as formas de afetar o direito ao silêncio – seja pela previsão de normas que criminalizem a recusa do arguido em responder a questões ou oferecer cooperação, seja pela criação da convicção ilusória no arguido de que tem uma obrigação, legal ou não, de colaborar ou, num caso mais extremo, através da tortura.

Como já se pode ter intuído, quando se fala de direito ao silêncio não está necessariamente em causa a preservação do arguido da sua autoincriminação. O silêncio do arguido não tem de ser necessariamente motivado pela preservação da sua autoincriminação. Aliás, a imperscrutabilidade do silêncio do arguido é fundamental para a sua validade. É um momento estratégico do arguido e que é insondável pela investigação. Assim, o direito ao silêncio existirá sempre, independentemente do arguido ter ou não possibilidade de

¹²⁵ No fundo, o mesmo racional que subjaz à defesa da necessidade de uma supervisão mais próxima, nomeadamente, reforçando a sua capacidade e intensidade, a montante e no plano ontológico, justificada pela “especificidade” desta atividade, a jusante e no plano fáctico, ancorada nos vários escândalos económico-financeiros, aquém e além do Atlântico. Esta tendência, que podemos apelidar de securitária ou de “overenforcement”, acaba necessariamente por gerar reação de sinal contrário, apelando e defendendo a manutenção ou o reforço das garantias dos indivíduos e empresas sujeitas a atividades reguladas. Neste sentido, cfr. MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 24.

¹²⁶ «*Todavia, a previsão do Código de Processo Penal não pode ser aplicada sem a devida adaptação às características acima apontadas dos ilícitos de mera ordenação no âmbito do sector financeiro: ilícitos que decorrem da violação de normas que regulam uma actividade sujeita a supervisão pública, atenta a sua relevância para a integridade do sistema financeiro que a Constituição tutela, dirigidas essencialmente a entidades que intervêm profissionalmente nessa área e para cujo funcionamento é essencial a confiança dos investidores assente na garantia de existência de uma supervisão pública efectiva*», BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 430.

¹²⁷ Realçando esta mesma ideia, DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 295.

¹²⁸ Em linha com o que ora se sustentará, torna-se difícil concordar com o entendimento de que «*a atribuição de valor probatório ao silêncio corresponde a uma forma inadmissível de coerção (indireta) para a autoincriminação*» que faz SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 771.

contribuir para a sua incriminação.

Por outro lado e em comparação, o direito à não autoincriminação assume um carácter que se pode reputar de eventual, na medida em que só por vezes será posto em causa.

O direito à não autoincriminação é violado quando são impostas ao arguido determinadas condutas que o deixam perante a escolha de cumprir e com isso contribuir indelevelmente para a sua condenação ou, incumprindo, incorrer em determinadas sanções¹²⁹. Aqui, mais do que ser obrigado a falar, o arguido é condicionado no sentido de fazer prova contra si mesmo, tornando-se objeto da sua incriminação.

O alcance prático da distinção é relevante. Com mais facilidade, deve admitir-se a cedência do direito ao silêncio perante um dever de cooperação do que a cedência do direito à não autoincriminação. Com efeito, há determinados setores¹³⁰ fortemente regulados, nos quais a elevada fluência de informação e atividade complexifica imenso a vigilância do mesmo.

Sem a cooperação dos agentes que atuam nesses setores e mercados, a atuação da autoridade reguladora estaria votada a uma grande ineficácia, senão mesmo à completa paralisia. Daí que o legislador tenha sentido necessidade de, expressamente, limitar o exercício do direito ao silêncio, impondo a cooperação dos agentes que atuem nesses setores.

Todavia, tal imposição de cooperação deve parar quando o visado ou arguido invoque o seu direito à não autoincriminação, uma vez que aí está claramente em causa o seu direito a não ser fonte de produção de prova contra si mesmo.

Poderá considerar-se uma situação de *fronteira* aquela que ROXIN relata no âmbito e a propósito da lei alemã de asilo¹³¹. Aí, pese embora não se tratar de um processo de cariz

¹²⁹ Assim, MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e a Utilização em Processo Penal das Provas...*, *Ibidem*, p. 139 - «[...] supervisão intrusiva, que pode implicar inspeções ou auditorias às empresas realizadas *in situ*, de mais a mais garantidas por deveres de colaboração das visadas, sob cominação de sanções por desobediência».

¹³⁰ Para um quadro sobre a regulação nos setores da energia e do ambiente, com especial enfoque em matéria sancionatória, cfr. MONTE, Mário Ferreira, *A regulação no contexto do Direito sancionatório. Em especial, os sectores...*, *Ibidem*, pp. 244 e ss.

¹³¹ ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, p. 97 - «Com os requerentes de asilo político, a jurisprudência adota um ponto de vista diferente (BHGSt 36, 328). A lei alemã exige de qualquer requerente de asilo que faça uma declaração sobre a forma como tenha entrado no país. De acordo com o § 47, parágrafo 1, número 1 da Lei dos Estrangeiros, tal ingresso pode constituir uma conduta punível se o requerente o tenha realizado sem passaporte ou sem autorização de residência. Se a pessoa que busca asilo declarar com verdade e ao longo do processo de asilo, tais afirmações serão consideradas admissíveis no processo penal. Esta não é uma solução convincente, já que não é um delito o requerente de asilo recusar-se a prestar declarações sobre o seu ingresso no país, pois que dessa forma estaria exposto ao risco inaceitável de prejudicar a sua própria candidatura. Ademais não parece lógico punir um requerente de asilo pelo facto de coercivamente expor factos de carácter incriminatório (e não guarda silêncio perante eles, o que é contrário à sua obrigação)».

sancionatório, pairará sobre o requerente de asilo a possibilidade de lhe ver ser aplicada uma sanção no caso de responder com verdade à pergunta sobre a forma como entrou no país e essa forma se traduzir numa conduta ilícita.

Este caso é paradigmático de uma inversão do ónus da prova em desrespeito do direito ao silêncio e à não autoincriminação. Uma solução para o problema que esteja em harmonia com essas duas garantias deve respeitar o silêncio do requerente de asilo, não o valorando para efeitos de aplicação de sanção por entrada ilegal em território nacional ¹³².

Por fim, pode ainda retirar-se daqui outra conclusão necessária – o direito ao silêncio e o *nemo tenetur* podem e devem valer mesmo para lá do raio exclusivo do processo penal ou de outros géneros de processos sancionatórios, como já acima se teve oportunidade de referir e para o caso se exemplificou com a proteção conferida à testemunha contra a sua autoincriminação.

Desta forma, entende-se que o direito à não autoincriminação, embora restrito ao âmbito sancionatório, vale para lá e antes de um processo sancionatório, quer objetivamente (não havendo ainda processo), quer subjetivamente (não havendo ainda constituição de arguido) ¹³³.

9. *Nemo tenetur* e o direito a assistência por advogado ¹³⁴

Ao lado do direito ao contraditório mas sem se confundir com ele, antes se apresentando como uma sua dimensão, corre o direito a assistência por Advogado ¹³⁵. Por vezes, a enorme complexidade processual e a perceção apurada da consequência jurídica de

¹³² Um problema similar de exigência legal de autoincriminação colocou-se no âmbito do direito da insolvência, ao impor-se ao insolvente que informasse os credores e liquidatário de todas as suas ações, inclusivamente ilícitas. O *BVerfG* entendeu que os elementos assim obtidos não podiam ser valorados. O A. entende que melhor solução seria permitir ao insolvente que, perante a ameaça de se autoincriminar, se recusasse a entregar os elementos ou prestar contas, ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, pp. 96 e 97.

¹³³ Diferentemente, ALFAFAR, Diana, *O Dever de Colaboração e o Nemo Tenetur*, *Ibidem*, p. 369.

¹³⁴ Para um enquadramento histórico, COSTA, Eduardo Maia, *A defesa e o defensor...*, *Ibidem*, pp. 85 e ss., pese embora este A., no que não se acompanha, faça a defesa penal decorrer diretamente do princípio da dignidade humana. Cfr. ainda MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, p. 138, sustentando que o defensor em processo penal será ainda um mecanismo de contenção do poder do Estado na investigação e CASTANHEIRA, António Rui de Sousa, *Os direitos de defesa...*, *Ibidem*, pp. 101 e 102. Para os direitos de defesa (*Abwehrrechte*), enquanto direitos de “natureza defensiva” e a “ações negativas”, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *Ibidem*, pp. 1243 e 1244. Sublinhando a crescente importância novecentista do advogado no processo penal e a expansão do *nemo tenetur* em direção ao direito ao silêncio, MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1068.

¹³⁵ DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 305.

determinados factos só é alcançada por e com recurso a defensor. Assim, a presença de defensor implicará uma dimensão do direito ao contraditório, na medida em que o potencia.

Todavia, sublinha-se, as razões acima aduzidas para sustentar a proximidade entre o direito ao contraditório e o direito a assistência por defensor não são exclusivas do direito ao contraditório, isto é, não se limitam às reuniões com a acusação ou com o juiz. Precisamente, o advogado pode e deve acompanhar o arguido mesmo quando este não seja colocado em situações de verdadeiro contraditório.

Referimo-nos àquelas situações em que o arguido é chamado a prestar, ou voluntariamente decide colaborar apresentando esclarecimentos à investigação ¹³⁶. Aí, a presença do advogado é fulcral, no entanto, não se está perante um verdadeiro e rigoroso exercício de contraditório.

Isto porque – e assim se realça outro ponto fundamental do contraditório – o contraditório exige que seja exercido perante uma entidade *supra partes*, cujo único e exclusivo interesse seja o apuramento da verdade.

Quando as declarações são prestadas perante a entidade que investiga e acusa, não se está perante um verdadeiro exercício contraditório, mas sim perante uma prestação de esclarecimentos que, como já se sublinhou, ainda assim, não dispensa a presença de advogado ^{137,138}.

O direito a assistência por advogado será então uma subdimensão do direito ao contraditório ¹³⁹. Contudo e como já acima foi explicitado, não se esgota no exercício do verdadeiro contraditório *jurisdicional*, perante uma entidade *supra partes*. A assistência por advogado pode ainda ocorrer prestando declarações ou esclarecimentos aos órgãos de polícia

¹³⁶ Como tal, havendo até convergência de interesses.

¹³⁷ «O verdadeiro contraditório pressupõe necessariamente um árbitro, perante o qual a autoridade da investigação passe a ocupar a posição de simples parte, contraposta ao investigado segundo regras formais que tendam a assegurar uma ao menos aproximada igualdade de armas. Não há contraditório se não existe um árbitro terceiro, e se o debate entre investigado e o investigador decorre... perante o próprio investigador.», VELOSO, José António, *Boas intenções, maus resultados...*, p. 84.

¹³⁸ No mesmo sentido, apelando ao conceito de juiz-árbitro - «A imparcialidade do juiz, requerida pelo princípio acusatório limita o seu poder, de modo que há de contentar-se em ser o árbitro de uma discussão em que o Estado e o acusado lutam com as mesmas armas: é uma afirmação do acusado como sujeito a que impõe essas especiais exigências de imparcialidade.», ANTÓN, Tomás Vives, *El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia*, *Ibidem*, pp. 38 e 39.

¹³⁹ «Em ordem a encontrar a solução ótima para o acusado em relação ao problema de saber se se deve pronunciar ou não sobre tudo, ou como poderia fazê-lo da maneira mais apropriada, é essencial que lhe seja dada a oportunidade de se aconselhar com o seu advogado antes de prestar declarações.», ROXIN, Claus, *Idem*, p. 93, a propósito de uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão que, com base no § 137, parágrafo 1, 1, do CPP Alemão, sustentou que fora violado o direito de defesa e rejeitou a admissibilidade da confissão como prova, uma vez que fora rejeitado o pedido do acusado de se reunir com Advogado.

criminal ou MP, bem como por quem não seja arguido, suspeito ou visado por um procedimento criminal, como seja o caso de uma testemunha ¹⁴⁰.

É por isso que, embora de forma lateral, se pode falar de um autónomo direito de defesa, de cariz pluriforme, sendo não só mas também um direito de defesa que, quando exercido por arguido, vai reforçar importantes direitos como o de audição, do contraditório ou o direito ao silêncio, além, naturalmente, de permitir coerência e estrutura na definição da estratégia processual a assumir pelo arguido ¹⁴¹.

10. Os entes coletivos, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação

É uma questão controversa saber se os entes coletivos – considerando nesta categoria quer as pessoas coletivas com fins lucrativos ¹⁴², quer as pessoas coletivas sem fins lucrativos, bem como e ainda outras formas de associação ^{143,144} que lhe sejam equiparáveis, devem beneficiar das garantias de defesa, mormente do direito ao silêncio e o do direito à não autoincriminação, e nos mesmos termos em que o fazem as pessoas singulares ¹⁴⁵.

Entender que assim não seja, isto é, que os entes coletivos têm um leque mais restrito, quantitativa ou qualitativamente, de garantias de defesa, implica sustentar um dualismo de tratamento dos arguidos no processo sancionatório. Dessa forma, no âmbito do mesmo

¹⁴⁰ Todavia e obviamente, a *ligação* entre o Defensor e o Arguido constitui o núcleo essencial e mais indispensável do direito a assistência por Advogado, na medida em que, no processo penal, o Arguido arrisca e encontra-se perante a possibilidade de lhe ver ser retirada a sua liberdade. Daí que «[e]sta ligação deve ser protegida inclusive em fases inaugurais do processo, até porque toda a defesa perderá ruir caso o estádio inicial seja descuidado.», RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo...*, p. 10.

¹⁴¹ Outrossim, pode salientar-se ainda que «O referido direito não se destina somente à protecção do interesse individual do arguido. Conquanto o sistema judicial consinta na defesa pelo próprio, prefere que seja levada a cabo por um perito em questões jurídicas, de modo a tornar o processo mais simples e mais célere.», RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito a um processo equitativo no TEDH...*, *Ibidem*, p. 4.

¹⁴² Sobre a governação societária e a atividade regulatória, no contexto da crise, vide CORDEIRO, António Menezes, *A crise planetária de 2007/2009 e o governo societário...*, *Ibidem*, e GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, pp. 42 a 44.

¹⁴³ Mormente, organizações sem personalidade jurídica. No entanto, sublinha-se desde já que “*outras entidades, organizações e instituições*” não vão encontrar no art. 12.º, 2, CRP o fundamento para o gozo de direitos fundamentais, mas sim através dos preceitos que lhes sejam diretamente aplicáveis, MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *Ibidem*, pp. 211 a 212, todavia, rejeitando um qualquer “*princípio geral de capacidade de direitos fundamentais por parte de organizações sem personalidade judiciária*”, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 329.

¹⁴⁴ Numa análise dividida entre pessoas coletivas de direito privado e pessoas coletivas de direito público, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *Ibidem*, pp. 418 a 421.

¹⁴⁵ Realçando a discussão no panorama britânico do *privilege against self-incrimination*, REIS, Pedro, *Dever de Verdade – Direito de Mentir*, *Ibidem*, pp. 458 e 459.

processo sancionatório, haveria arguidos a beneficiar de uma maior amplitude de direitos de defesa ¹⁴⁶ do que outros, o que se traduziria numa inegável situação de desigualdade.

Tudo isto num quadro em que se entende que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são concretizações operativas e processuais do princípio da presunção de inocência, sublinhando-se assim a sua dimensão processual e a sua matriz estratégica, que obedece a preocupações mais práticas e menos ontológicas, que andariam porventura mais próximas do princípio da dignidade humana.

Assim, é de sustentar que o reconhecimento do direito ao silêncio e do *nemo tenetur* às pessoas coletivas se funda em duas principais razões.

10.1. Do princípio da igualdade

Em primeiro lugar, por homenagem ao princípio da igualdade ¹⁴⁷, não se pode dualizar o tratamento garantístico que se oferece a uma e a outra ordem de arguidos.

Embora não lhes subjaza, nem remotamente, o princípio da dignidade humana, os entes coletivos correspondem a concretizações de importantes dimensões constitucionais.

Dessa forma, vão encontrar guarida constitucional na liberdade de associação ¹⁴⁸, quando se trate de entes coletivos com ou sem fins lucrativos e ainda na livre iniciativa económica ¹⁴⁹, no caso dos entes coletivos com fins lucrativos, enquanto instrumento e expressão dessa mesma liberdade ¹⁵⁰.

Tais fundamentos vão exigir uma igualdade de tratamento dos entes coletivos no processo penal, quando assumam a qualidade de arguidos. Todavia, em linha com um princípio da igualdade na sua afirmação *material* ¹⁵¹, haverá ainda que procurar descortinar se não se encontram diferenças de monta entre as pessoas singulares e as pessoas coletivas

¹⁴⁶ Dos quais tradicionalmente faz parte o *nemo tenetur*, SILVA, Maria de Fátima Reis, *O direito à não auto-incriminação*, *Ibidem*, p. 59.

¹⁴⁷ Que encontra expressa guarida constitucional no art. 13.º da CRP, precisamente sob a epígrafe “Princípio da Igualdade”.

¹⁴⁸ Cfr. com o art. 46.º, 1 e 2, da CRP, sob a epígrafe “Liberdade de Associação”, um direito, pela sua própria natureza, coletivo, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, pp. 329 e 330.

¹⁴⁹ Direito fundamental que pode ser contraposto, p. ex., à defesa da concorrência, cfr. SILVA, Maria de Fátima Reis, *O Direito à Não Auto-incriminação*, *Ibidem*, p. 67.

¹⁵⁰ Cfr. com o art. 61.º da CRP, sob a epígrafe “Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária”.

¹⁵¹ Que imporá que se tratem de igual forma as situações que são iguais e de forma desigual as situações que são *materialmente* desiguais.

que justifiquem o tratamento desigual em matéria de garantias processuais.

A resposta à indagação colocada no parágrafo anterior encontrar-se-á ao nível das próprias garantias cujo alcance se procura delinear.

Embora se trate de garantias processuais, isto é, que vão operar e encontrar o seu raio de ação no âmbito de um processo sancionatório, não se lhe pode negar, como aliás não se tem feito ¹⁵², a sua conexão com princípios jurídico-constitucionais estruturantes do Estado de direito.

Não é por acaso que as “*garantias de processo criminal*” ¹⁵³ se encontram enquadradas na Parte I (“*Direitos e deveres fundamentais*”), Título II (“*Direito, liberdades e garantias*”), Capítulo I (“*Direitos, liberdades e garantias pessoais*”) da CRP ¹⁵⁴. Como tal, é forçoso concluir que se tratam de verdadeiros direitos fundamentais ¹⁵⁵.

Como já se pôde acima fundamentar, na conceção que aqui se assume, o direito à não autoincriminação é estruturado como um direito de base eminentemente processual. Ora, afastando assim uma sua tração no princípio da dignidade humana – que o tornaria absoluto e restrito às pessoas singulares – é necessário sustentar a sua aplicabilidade aos entes coletivos ¹⁵⁶.

Mais, no âmbito das disposições gerais relativas aos direitos e deveres fundamentais, mais especificamente no art. 12.º, 2 da CRP ¹⁵⁷, consagra-se um princípio de universalidade, com especial refração para as pessoas coletivas ¹⁵⁸. Da leitura desse preceito constitucional resulta que o critério para apurar se determinado direito fundamental ¹⁵⁹ poderá ser titulado

¹⁵² Veja-se as considerações tecidas a propósito da vigência do *nemo tenetur* e do direito ao silêncio sem que haja um processo formalmente instaurado e a favor de quem não tenha ainda sido constituído arguido.

¹⁵³ Para mobilizar *ipsis verbis* a formulação constitucional do artigo 32.º da CRP.

¹⁵⁴ Sobre o significado dessa opção sistemática, COSTA, José de Faria, *Um Olhar Cruzado...*, *Ibidem*, p. 188.

¹⁵⁵ Sobre os direitos fundamentais em processo penal, MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp.137 a 148.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, SILVA, Maria de Fátima Reis, *O Direito à Não Auto-incriminação*, *Ibidem*, pp. 65 e 66.

¹⁵⁷ Que dispõe - «2. *As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.*». Incluindo o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação no leque de direitos processuais que assistem (também) à pessoa coletiva, TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, pp. 119 e 120.

¹⁵⁸ No sentido de que este preceito constitucional representou uma superação de uma conceção antropocêntrica dos direitos fundamentais, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 329. Sobre o princípio da universalidade do art. 12.º da CRP, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *Ibidem*, pp. 414 e 415.

¹⁵⁹ Igualmente falando num direito fundamental à não autoincriminação, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 769.

pela pessoa coletiva é o critério da *compatibilidade*^{160,161} entre esse direito fundamental e a natureza da pessoa coletiva¹⁶².

Ora, no caso em análise, importa saber se o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação¹⁶³, na medida em que são direitos fundamentais¹⁶⁴, se compatibilizam com a específica natureza dos entes coletivos.

Para tanto, importa relembrar que, mesmo enquanto garantias processuais, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação têm importantes refrações materiais. Assim, a dimensão material destas garantias de defesa não apaga a sua matriz e genética eminentemente processuais, uma vez que o processo é o seu local natural.

Por aqui se concluirá que é no processo que vão operar e é através do processo sancionatório que se chega eventualmente à aplicação de sanções, sanções essas que tanto vão onerar uma pessoa singular quanto uma pessoa coletiva¹⁶⁵.

Desta forma, não se descortina na natureza dos entes coletivos, que vão ser tão arguidos quanto uma pessoa singular o possa ser, qualquer radical diferença que fizesse operar a ressalva ao princípio da universalidade consagrado no artigo 12.º, 2 da CRP¹⁶⁶.

Em desabono desta tese, poderia alinhar-se o argumento da superior importância do bem jurídico que a pessoa singular vê ameaçada quando sujeita a um processo no papel

¹⁶⁰ Sublinhando que se trata de compatibilidade e não de equiparação, MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1099.

¹⁶¹ Assim, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 330. Mais, este critério vai acrescer ao princípio da especialidade, DUARTE, David, *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais*, *Ibidem*, p. 422.

¹⁶² Compatível com o raciocínio metodológico de expansão da norma até ao embate em traves fácticas ou jurídicas, descrito em DUARTE, David, *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais...*, *Ibidem*, p. 419.

¹⁶³ Entende-se que, no plano constitucional, a tutela do direito ao silêncio e, como sua modalidade, o direito à não autoincriminação, enquanto garantias de defesa, resulta do artigo 32.º, 1 da CRP («1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.»), enquanto concretização da presunção de inocência, do artigo 32.º, 2 da CRP («2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.»), bem como e ainda, enquanto garantias intimamente ligadas à estrutura acusatório do processo penal, do artigo 32.º, 5 da CRP («5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência do julgamento e aos atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.»).

¹⁶⁴ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 190.

¹⁶⁵ Realçando, no âmbito das coimas em mercado de valores mobiliários, o montante elevadíssimo das mesmas bem como a capacidade de “levar à restrição ou à privação de direitos fundamentais”, cfr. SILVA, Paula Costa e, *As autoridades independentes*, *Ibidem*, pp. 557 e 558. Aceitando esta realidade e a legitimidade de a querer contrabalançar com um acréscimo de garantias, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Garantias e Evolução...*, *Ibidem*, pp. 252 e 253.

¹⁶⁶ Lapidariamente e considerando o art. 12.º, 2, da CRP, a Sentença do Tribunal da Pequena Instância Criminal, de 11.01.2008, no Processo n.º 4907/06.3TFLSB, p. 12 - «Não se concebe por que razão uma pessoa colectiva, só por o ser, estaria obrigada a provar a sua inocência e a colaborar com a autoridade administrativa no sentido de apurar factos que a incriminassem».

de arguida – a liberdade ¹⁶⁷. Todavia, o leque de sanções aplicáveis ao ente coletivo ¹⁶⁸ abarca já atualmente modalidades da pena, como sejam a pena de dissolução, a interdição de atividade ou o encerramento de estabelecimento, que são bastante gravosas para a pessoa coletiva.

Mais, as sanções a aplicar nalguns setores, como seja o da concorrência, apresentam *limites* ^{169,170} que podem ser extremamente elevados, uma vez que a sua medida se encontra dependente do volume de negócios da pessoa coletiva, podendo assim atingir montantes

¹⁶⁷ Ainda assim, note-se que este argumento só terá préstimo para o processo contraordenacional.

¹⁶⁸ Cfr. os arts. 90.º - A a 90.º - L do CP. Para desenvolvimentos, cfr. BRANDÃO, Nuno, *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas*, *Ibidem*, pp. 43 e ss.

¹⁶⁹ A utilização do itálico nesta sede prende-se com a questão controversa de saber se se tratarão de verdadeiros limites, com a determinabilidade e clareza que o princípio da legalidade exige que o limite de uma sanção tenha. A referência tem por base o art. 69.º, 2, da LdC, que dispõe - «2 – No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do no 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do no 1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.». Outras questões se levantam aqui, como uma eventual violação do princípio da culpa que, contudo, não serão por ora tratadas. Sobre o princípio da legalidade, na vertente de tipicidade, no direito de mera ordenação social, vide PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, *Revisão do Regime Legal...*, *Ibidem*, p. 563 e ss. e, no horizonte espanhol, LOBO, José María Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, *Ibidem*, pp. 31 a 36. Criticando a “*amplitude muito lata entre o mínimo e o máximo da coima aplicáveis*”, por referência ao quadro sancionatório da mediação de seguros, BRANDÃO, Nuno, *Questões Contra-Ordenacionais Suscitadas pelo Novo Regime...*, *Ibidem*, p. 89. Enquadrando este tipo de limites fixados em função do volume de negócios do infrator no quadro da regulação europeia que remonta a 2002/2003, PINTO, Frederico de Lacerda da, *Garantias e Evolução...*, *Ibidem*, p. 248.

¹⁷⁰ Sobre a mesma questão, mas no âmbito do setor da energia e com desenvolvimento dos vários problemas que decorrem desta forma de fixar a moldura da coima, que permite que se atinjam “*valores estratosféricos*”, vide, BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações...*, *Ibidem*, pp. 450 e 451 e também, mais recentemente, em *Sistema Contra-Ordenacional a Diferentes Velocidades...*, *Ibidem*, p. 279.. Falando de “*coimas elevadíssimas em certos sectores*” (já à luz da realidade de 1996), PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, *Revisão do Regime Legal...*, *Ibidem*, p. 561. Para uma perspetiva crítica e ilustração das aporias a apontar a um regime cada vez mais agravado de coimas, cfr. VEIGA, Raul Soares da, *Legalidade e oportunidade no Direito Sancionatório das autoridades...*, *Ibidem*, pp. 167 a 169. Chamando a atenção para o mesmo problema, ROQUE, Miguel Prata, *Os poderes sancionatórios da ERC*, *Ibidem*, p. 432. Sobre a realidade do ordenamento brasileiro, SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração...*, *Ibidem*, p. 281. Criticando o limite mínimo do quantitativo diário da pena de multa para a realidade empresarial portuguesa, BRANDÃO, Nuno, *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas...*, *Ibidem*, p. 48. Realçando o facto dos limites para as coimas no âmbito da mediação de seguros ultrapassarem os limites ficados pelo RGCO, BRANDÃO, Nuno, *Questões Contra-Ordenacionais Suscitadas pelo Novo Regime...*, *Ibidem*, pp. 83 a 84.

extraordinários ^{171,172}.

Note-se que estes limites máximos, nalguns domínios como seja o da concorrência, tornaram-se extremamente voláteis e permeáveis a coimas demasiado elevadas, mesmo muito para lá da reforçada dissuasão que se exige perante o poderio económico tendencialmente maior que as pessoas coletivas apresentam ¹⁷³.

Perante as sanções potencialmente aplicáveis a pessoas coletivas que se vão agigantando e multiplicando no direito sancionatório, percebemos que as dimensões constitucionais da liberdade de associação e iniciativa económica são igualmente ameaçadas, carecendo a sua tutela de amparo nos direitos de defesa.

Em suma, não se encontram razões *materiais*, na natureza dos entes coletivos, que justifiquem que não possam gozar, quando arguidos em processo sancionatório, do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação ¹⁷⁴.

10.2. Da coerência endoprocessual

Deve ainda convocar-se outra razão a favor da unidade de tratamento dos arguidos, sejam eles pessoas singulares ou entes coletivos. Este fundamento, que se prende com a

¹⁷¹ Tais sanções elevadíssimas só se poderá compreender à luz da gravidade da conduta, o que, sendo assim tão elevada, parece não ser de sustentar a sua tipificação como contraordenação. Assim numa perspetiva muito crítica, VELOSO, José António, *Boas intenções, maus resultados...*, *Ibidem*, pp. 74 (“*penas*” surge no excerto acima citado com um sentido notoriamente impróprio), propondo então «*separar claramente o que cabe e o que não cabe no quadro da mera ordenação social, criando para o que dele extravasa um Direito e processo penal financeiro – ainda que marginalmente modificado para contemplar as necessidades específicas dos mercados financeiros e aproveitar a competência técnica especializada das autoridades de supervisão*». Cfr. ainda, falando em “*sanções pesadas*” no raio de atuação da ERC, da ANACOM e da AdC, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, *Ibidem*, p. 565.

¹⁷² Outra nota a propósito de movimentos de aproximação entre as “*proibições administrativas*” e o direito penal, NEGRI, Danielle, *Medios de Prueba no Regulados...*, *Ibidem*, p. 339.

¹⁷³ Já em 1996, chamando a atenção para a discriminação entre pessoas coletivas e singulares no domínio contraordenacional, exigindo coimas mais pesadas para as primeiras, por apelo a exigências de dissuasão, PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, *Revisão do Regime Legal...*, *Ibidem*, p. 559. Sobre a tipologia de sanções extrapenais, no domínio administrativo, vide ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, pp. 113 a 120.

¹⁷⁴ Importará saber se, uma reconhecida essa compatibilidade, os direitos fundamentais podem valer com a mesma extensão com que valem para a pessoa singular. No caso do direito ao silêncio e à não autoincriminação, a resposta é naturalmente negativa. Têm de se admitir com muito maior facilidade as derrogações ao direito ao silêncio que tenham por objeto pessoas coletivas, p. ex., em áreas como o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Contudo, em matéria de *nemo tenetur*, entendem-se como pertinentes as conclusões a que se chega neste capítulo. Sobre esta questão acrescida, além da compatibilidade, da extensão com que os direitos fundamentais hão de valer para as pessoas coletivas, mesmo após o seu reconhecimento, cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, pp. 331 e 332, MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *Ibidem*, pp. 210 e 211 e DUARTE, David, *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais...*, *Ibidem*, pp. 424 e 425.

coerência que o processo deve internamente apresentar, reveste um carácter mais pragmático e, dessa forma, não possui a mesma intensidade de argumentação, em comparação com o argumento acima invocado ao nível do princípio da igualdade.

Assim, a unidade de tratamento dos arguidos, ao nível do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação mas, em bom rigor, numa lógica extensível a todas as garantias de defesa, vai responder a preocupações com a coerência endoprocessual. Ou seja, se se optar por um dualismo de tratamento teremos os mesmos elementos de prova, no mesmo processo sancionatório, a serem valorados contra alguns arguidos (aqueles que sejam entes coletivos), mas não já contra outros (aqueles que sejam pessoas singulares) ¹⁷⁵.

Tal situação levanta graves problemas de coerência – na hipótese de cumulação de responsabilidade do ente coletivo e do seu dirigente pelos mesmos factos, poderá valorar-se os elementos de prova contra o primeiro, mas não já contra o segundo ¹⁷⁶. Esta situação, que neste capítulo em particular levanta questões ao mero nível da coerência, porventura, formal, adensa-se e ganha foros de verdadeira materialidade quando colocada no plano já acima equacionado da igualdade entre os arguidos.

Na tese da negação, admite-se que determinados elementos de prova, obtidos, p. ex., em derrogação do direito ao silêncio e à não autoincriminação do ente coletivo ¹⁷⁷ sejam de valoração possível contra esse mesmo arguido (ente coletivo), que viu as suas garantias de defesa derogadas, e já não contra o arguido-pessoa singular que está a ser julgado no mesmo processo.

Concluindo, a dualidade de tratamento dos arguidos, ao nível do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação, em função da sua natureza de pessoa singular ou ente coletivo acarreta inegáveis desvantagens ao nível da coerência intraprocessual, gerando desigualdades paradoxais.

10.3. Conclusões

A questão controvertida cuja análise se empreendeu no presente capítulo consiste na

¹⁷⁵ Uma dificuldade cujo reconhecimento é feito, sem mais desenvolvimentos, em BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos...*, *Ibidem*, pp. 310 a 311. Cfr. ainda BRITO, Teresa Quintela de, *A determinação das responsabilidades individuais...*, *Ibidem*.

¹⁷⁶ Hipótese levantada em BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal dos Entes Colectivos...*, *Ibidem*, p. 311.

¹⁷⁷ Cujo reconhecimento se subscreve, como tem sido sublinhado no presente capítulo.

discussão em torno do alcance do direito ao silêncio e à não autoincriminação no que concerne aos entes coletivos. Devem estes gozar do mesmo direito ao silêncio e à não autoincriminação de que gozam as pessoas singulares num processo sancionatório?

Entende-se que a resposta passa pelo correto enquadramento do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação enquanto direitos fundamentais ¹⁷⁸. Assim, passarão a estar sujeitos a um princípio de universalidade que, no que às pessoas coletivas concerne, implica o gozo dos direitos e o cumprimento dos deveres, na medida da sua adequação e compatibilidade com a específica natureza da pessoa coletiva ¹⁷⁹.

O percurso que acima se levou a cabo permite concluir que nada na concreta natureza do ente coletivo, quando assuma o papel processual de arguido, permite descortinar qualquer desconformidade ou particularidade ¹⁸⁰ que impeça o reconhecimento do seu próprio direito ao silêncio e à não autoincriminação ¹⁸¹.

Com efeito, o entendimento contrário àquele que ora se sustenta padece de graves e profundas aporias ao nível da coerência endoprocessual, traduzindo-se numa infundada discriminação entre os arguidos em função da sua qualidade de pessoa singular ou de ente coletivo ^{182,183}.

¹⁷⁸ A mobilização dos concretos direitos fundamentais em causa é um imperativo, à luz do juízo casuístico que deve operar em matéria de direitos fundamentais das pessoas coletivas, DUARTE, David, *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais*, *Ibidem*, pp. 422 e 423.

¹⁷⁹ Reconhecendo, sem problematizar, estes direitos a uma pessoa coletiva, *in casu*, uma companhia aérea, Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, citando doutrina concordante, MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, pp. 1098 e 1099.

¹⁸¹ A propósito do âmbito subjetivo do art. 32.º da CRP, Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA admitem a extensão das garantias ali consagradas às pessoas coletivas – mesmo em processo contraordenacional, embora sejam “direitos eminentemente pessoais”. Contudo, ressaltam a sua extensão desigual, em comparação com as pessoas singulares, nomeadamente, no que concerne ao art. 32.º, 8, CRP, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 526. No mesmo sentido, sentença do TCL no caso *Gérmén e Outros c. AdC*, analisada em AA. VV., *Lei da Concorrência Anotada*, *Ibidem*, pp. 170 e 171.

¹⁸² Em sentido contrário ao defendido, defendendo mesmo a possibilidade do arguido pessoa singular poder ver parcialmente reconhecida a possibilidade de se escusar ao cumprimento legal de cooperação, mas não no que respeite e reporte à pessoa coletiva a que esteja ligada - PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários*, *Ibidem*, pp. 10 e 11.

¹⁸³ Sublinhando que a Jurisprudência do TEDH tem reconhecido também às pessoas coletivas o direito, sejam suspeitas ou arguidas, os direitos ao silêncio e à não autoincriminação, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 155 e 156.

11. O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios

Outra questão da maior importância¹⁸⁴ e que urge aprofundar no âmbito do presente estudo é a matéria dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação no quadro do processo contraordenacional, bem como de outros processos sancionatórios^{185,186}, à luz dos cânones constitucionais¹⁸⁷.

Como ponto de partida, o processo contraordenacional apresenta uma autonomia em relação ao processo penal que se revela na previsão de um regime próprio, com caracteres particulares e que o distanciam do processo penal¹⁸⁸.

Todavia, tratando-se de direito administrativo sancionatório e culminando com a possível aplicação de uma coima, a par ou não de sanções acessórias, faz todo o sentido que o processo contraordenacional não deixe de se ancorar, ainda que parcialmente, naquele que constitui o paradigma maior em matéria garantística, o processo penal.

Note-se igualmente que a similitude entre o processo levado a cabo pelas autoridades reguladoras no âmbito da sua atividade e o processo penal não pode ficar-se pelo nível das

¹⁸⁴ Com efeito, as relações entre o processo penal e o processo contraordenacional têm mobilizado bastantes apontamentos da doutrina, nomeadamente, MENDES, Paulo de Sousa / SILVEIRO, Fernando Xarepe, *Algumas Questões em Torno da Nota de Ilícitude...*, *Ibidem*, pp. 438 e ss., LOPES, Patrícia, *Segredos de Negócio vs. Defesa do Arguido*, *Ibidem*, pp. 73 a 75.

¹⁸⁵ Idêntico empreendimento é levado a cabo em SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 184 e ss.

¹⁸⁶ Para uma recondução do direito contraordenacional ao quadro do direito sancionatório administrativo, cfr. MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-ordenações...*, *Ibidem*, pp. 59 e ss. Realçando a expansão hodierna do poder sancionatório da Administração, com o correspondente crescendo da importância do seu estudo, AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, p. 216.

¹⁸⁷ Sobre a possibilidade de valoração dos elementos enviados pelos supervisionados em cumprimento de dever de informação ou de dever geral de colaboração, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 388, ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, particularmente, pp. 119 e 120.

¹⁸⁸ Sobre as especificidades do processo contraordenacional, CAPELO, Maria José / BRANDÃO, Nuno, A eficácia probatória das sentenças penas..., *Ibidem*, pp. 35 e ss. Realçando esta autonomia e sublinhando que dela não se retira uma ordenação hierárquica, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-ordenações...*, *Ibidem*, pp. 90 e 91. Em 2006 e por referência ao panorama italiano, no qual se começava a verificar um “híbrido”, uma vez que o aparato judicial penal era dedicado às sanções administrativas, CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, *Ibidem*, p. 1347. Enquadrar-se-á então no âmbito da “relação geral de poder que existe entre o Estado e o cidadão, ou entre a Administração Pública e os particulares”, AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, p. 221. Contudo, ao ter em si *normas relacionais*, o direito contraordenacional não deixa de se aproximar do direito penal, numa classificação que se reputamo de formal, em AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Público*, in *Estudos de Direito Público...*, *Ibidem*, pp. 67 e 68. Sustentando que a heterogeneidade de processos – penal e contraordenacional – pode relevar para a opção do legislador entre a tipificação como crime ou contraordenação, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Garantias e Evolução...*, *Ibidem*, p. 251.

garantias, uma vez que a capacidade intrusiva ¹⁸⁹ caracteriza as diligências numa e noutra sede, mormente aquelas que forem necessárias à verificação da prática de determinada infração por parte de determinada pessoa ^{190,191}.

Inclusivamente o art. 41.º do RGCO estabelece como direito subsidiário os preceitos reguladores do processo penal ¹⁹². No entanto, também ao nível constitucional se encontra uma aproximação em matéria de garantias, por força do art. 32.º, 10, da CRP ^{193 194}.

Esta norma, com diferente redação e alcance, remonta à Lei n.º 1/89, de 8/01, que aditava um n.º 8 ao art. 32.º da CRP, com a seguinte redação - «*Nos processos por contraordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa.*» ¹⁹⁵. Pese embora distasse já sete anos do Decreto-lei n.º 433/82, de 27/10 que aprovou o RGCO atualmente em vigor, esta alteração constitucional de 1989 foi seguida de alterações introduzidas no próprio RGCO pelo Decreto-lei n.º 356/89, de 17/07 ¹⁹⁶.

Pelo meio, assiste-se a um reforço das garantias no processo contraordenacional, por via das alterações trazidas pelo Decreto-lei n.º 244/95, de 14/09 e que veio alargar a necessidade de prévia audição do arguido, antes da aplicação de sanções acessórias.

Contudo, só em 1997, por via da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/09, é que o n.º 10 do art. 32.º da CRP passou a ter a redação atualmente em vigor, com a extensão da amplitude

¹⁸⁹ No âmbito da regulação da economia, não se confundido com o *excesso* de regulação, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação, Ibidem*, p. 541.

¹⁹⁰ A propósito de equiparação entre o processo penal e o processo contraordenacional, no âmbito da concorrência, Miguel Moura e SILVA, *Direito da Concorrência...*, p. 165. No entanto, falando de “*difícil comparabilidade*” entre a fase administrativa e o processo penal, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, p. 388.

¹⁹¹ Nesta linha, fazendo uma aproximação por via da capacidade intrusiva e por referência à jurisprudência do TEDH, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 36.

¹⁹² O que não permite concluir pela direta e imediata aplicabilidade dos preceitos processuais penais ao processo contraordenacional, uma vez que se trata de aplicação *subsidiária*. Contudo, não deixa de ser um importante indicador.

¹⁹³ No quadro da submissão da Administração à Constituição, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *O Administrative Constitutionalism: Resgatar a Constituição...*, *Ibidem*, p. 403.

¹⁹⁴ Aliás, o art. 32.º da CRP constitui a “*constituição processual criminal*”, embora, como se sublinhará, contenha preceitos cujo âmbito normativo se espraia para lá do processo penal, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 515. MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Ibidem*, p. 709. Cfr. ainda COSTA, José de Faria, *Um Olhar Cruzado...*, *Ibidem*, pp. 189 e ss.

¹⁹⁵ Precisamente sobre este ponto, levantando a questão de saber se houve uma consagração de “*todas*” as garantias de defesa, logo e ainda no âmbito do então n.º 8 do art. 32.º da CRP, cfr. COSTA, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da, *O Recurso para os Tribunais Judiciais da Aplicação de Coimas...*, *Ibidem*, p. 52, especialmente a n. r. 30. Sobre o *contencioso administrativo da regulação*, mormente o controlo jurisdicional das decisões das autoridades administrativas, cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação, Ibidem*, pp. 567 a 570.

¹⁹⁶ Bem como em 1995, BOLINA, Helena Magalhães, *O Regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes, Ibidem*, p. 745.

do direito de audição e defesa do arguido a quaisquer processos sancionatórios ¹⁹⁷.

11.1.Refrações da opção constitucional do tratamento do arguido no processo contraordenacional e nos processos sancionatórios

Todo este percurso culminará na nota garantística que marca e acompanha as alterações ao art. 32.º da CRP ¹⁹⁸, tendo como meta o reforço das garantias do arguido em novos processos sancionatórios, cuja emergência e surgimento o legislador, apesar do desfasamento temporal, reconheceu ¹⁹⁹.

Todavia, note-se bem, esse gradual apetrechar de garantias do estatuto do arguido nos outros processos sancionatórios faz-se marcar por mais duas notas que importa agora desenvolver.

Em primeiro lugar, a consagração constitucional das garantias de audição e defesa do arguido no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios faz-se sem que isso tenha acarretado um destaque, isto é, uma separação das garantias do processo penal ²⁰⁰.

Com efeito, foi e continua a ser aí a sua inserção sistemática, estando, como tal, igualmente contidas na arrumação respeitante aos direitos, liberdades e garantias pessoais, à imagem e semelhança do restante elenco de garantias processuais penais do art. 32.º da CRP ^{201,202}.

¹⁹⁷ Uma questão extremamente interessante é aquela que se põe quanto à compatibilização entre estas garantias constitucionalmente asseveradas aos processos sancionatórios e os casos em que a sanção não é precedida de um “adequado procedimento administrativo”, por força da elevada urgência na aplicação da sanção. Exemplos e desenvolvimento destas situações encontram-se em AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública, Ibidem*, p. 218.

¹⁹⁸ Que, consagrando os direitos processuais do arguido, constituirá o fundamento imediato do *nemo tenetur*, no entendimento de DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova...*, *Ibidem*, p. 42.

¹⁹⁹ Reconhecendo esta gradual “*aquisição*” das garantias do processo penal pelo processo contraordenacional, Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5 e Ac. do TRL de 15/02/2011, Proc. n.º 3501/06.3TFLSB.L1.

²⁰⁰ Para o direito à não autoincriminação enquanto “*princípio com matriz constitucional*”, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, p. 177.

²⁰¹ Referindo que o direito ao silêncio, que levará consigo o direito à não autoincriminação, vinga igualmente no âmbito contraordenacional, por força do art. 32.º, 10, da CRP, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 135.

²⁰² Tratar-se-á de um exemplo paradigmático de *direitos de liberdade*. A este propósito, cfr. a categorização dos *direitos de liberdade*, em confronto com os *direitos sociais* em NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, *Ibidem*, pp. 133 e ss. e quanto à categorização em função da “*matriz liberal*”, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Ibidem*, pp.

Entende-se que este aspeto é, em si mesmo, revelador de uma ideia e preocupação do legislador constitucional em não minorar as garantias que devem valer no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios em relação e por comparação com as que existem e se reconhece no processo penal ²⁰³.

Em segundo lugar, a extensão de garantias é feita pela mobilização do estatuto de arguido, reconhecendo a existência dessa condição para lá do processo penal ²⁰⁴.

Ora, a montante, no nosso panorama constitucional, bem como a jusante, no nosso panorama processual penal, o estatuto de arguido não é uma forma oca e desprovida de sentido material.

Pelo contrário, corresponde a uma matriz repleta de significado garantístico e ainda uma opção pelo papel de verdadeiro sujeito processual ²⁰⁵, necessariamente munido de um estatuto que permite ver cumprida a finalidade de tutela de direitos fundamentais.

Ao fazer essa opção – ou seja, ao convocar o estatuto de arguido para lá do processo penal, mas aquém do direito sancionatório – o legislador constitucional não pretende esgotar nem condicionar em demasia a margem que assiste ao legislador ordinário para a conformação das concretas soluções normativas ²⁰⁶.

Contudo, simultaneamente, o legislador constitucional transmite um esclarecedor sinal hermenêutico – embora não condicione as concretas opções legislativas, nem restrinja as escolhas que o legislador ordinário faça naquilo que entende serem as mais eficazes ferramentas para servir o interesse da investigação e repressão de ilícitos, tais opções não podem chegar ao ponto em que não mais se consiga reconhecer verdadeiramente o estatuto de arguido, tal como configurado no quadro do processo penal.

Aquilo que se pretende sustentar é que, embora sem concretizar ou condicionar as

167 e ss. e URBANO, Maria Benedita, *Globalização: os direitos fundamentais sob stress*, *Ibidem*, pp. 1029 a 1033. Para um interessante excuro histórico sobre as compreensões e recompreensões dos direitos de liberdade no liberalismo oitocentista e o surgimento das *garantias*, cfr. RIDOLA, Paolo, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni del costituzionalismo*, *Ibidem*, pp. 861 a 865.

²⁰³ Cfr. Ac. do TC n.º 278/2011, rel. Cons. Ana Maria Guerra MARTINS. Ainda assim e à luz dos desenvolvimentos entretanto verificados nesta matéria, entende-se que não tira sentido à posição sustentada a mobilização das posições à época assumidas durante o debate desta Revisão Constitucional, como faz o Ac do TC n.º 461/2011, rel. Cons. Catarina Sarmiento e CASTRO. Até porque não é uma extrapolação sem mais das garantias do processo criminal para o processo contraordenacional o que se sustenta.

²⁰⁴ Embora não automaticamente e sem mais, cfr. SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração...*, *Ibidem*, pp. 279 e 280.

²⁰⁵ Como resultado da estrutura acusatória, ANTUNES, Maria João, *Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido*, *Ibidem*, p. 25.

²⁰⁶ Margem essa sublinhada pelo TC, cfr. SILVA, Germano Marques da / SALINAS, Henrique, (anot. ao art. 32.º), in MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *Ibidem*, pp. 742 e 743.

concretas soluções normativas, o legislador constitucional quis impor um determinado padrão ou limite em matéria processual sancionatória.

Também aqui se pode dizer que o legislador goza “*de grande liberdade*” na conformação dos regimes processuais sancionatórios ²⁰⁷. Todavia, não pode tornar irreconhecível o estatuto de arguido, nomeadamente subtraindo-lhe uma dimensão fundamental do processo equitativo (que qualquer processo sancionatório terá de ser) e que é o direito à não autoincriminação ²⁰⁸.

Em suma, por aqui se permite identificar uma clara semântica constitucional, reveladora do facto de que, no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios, hão de valer atenuadamente as garantias de defesa do processo penal – das quais o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são parte integrante ²⁰⁹ – para que, no desenho do estatuto que ao arguido concretamente assista no âmbito desses processos sancionatórios, se possa ainda e com propriedade reconhecer o estatuto processual de arguido com o elenco de garantias de defesa que o processo penal lhe reconhece.

11.2. Conclusões

Neste presente subcapítulo, foi dada resposta a uma das questões mais prementes deste estudo e onde uma tomada de posição era essencial para se compreender as conclusões a que, a final, se chegará.

Nessa medida, importava tomar posição quanto à questão de saber se e em que medida se considera que as garantias de defesa, que têm uma valência indiscutível no âmbito do processo penal, valeriam para o processo contraordenacional e outros processos

²⁰⁷ No fundo, esta lógica foi a mesma que presidiu à situação apreciada pelo Ac. do Tribunal Constitucional n.º 372/2000, rel. Conselheiro Sousa BRITO, a propósito do nível de concretização do contraditório na fase de instrução.

²⁰⁸ No âmbito da jurisprudência constitucional italiana, refere Paola MAGGIO que - «*Importa perguntar, em ótica maioritariamente problemática, se a questão de fundo não pode abrir-se a saídas diferentes, conquanto o nemo tenetur venha ligado a uma noção mais ampla de equidade processual. Esta última, segundo o ensinamento do Tribunal constitucional italiano, representa, com efeito, «um princípio cardinal do sistema processual» e um «corolário essencial da inviolabilidade do direito de defesa», que impõe a proteção o atingido por eventuais coerções abusivas da autoridade, a fim de evitar erros judiciais*» - MAGGIO, Paola, *Esame del DNA e Prova Scientifica...*, *Ibidem*, p. 483.

²⁰⁹ Neste sentido e no horizonte do processo contraordenacional da concorrência se pronunciou o TCL, no caso *Gérmén e Outros c. AdC*, cfr. AA. VV., *Lei da Concorrência Anotada, Ibidem*, pp. 169 e 170. Aí, o TCL assentou claramente a sua fundamentação na ligação entre o direito à não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência.

sancionatórios.

Em relação a estes dois últimos, seriam zonas de maior compressão dessas garantias? Será justo falar em processos sancionatórios que, fruto da sua maior *agilidade*, reconhecem um leque ou uma amplitude menor às garantias de defesa do arguido?

O *pathos* selecionado para dar resposta a estas questões foi o de entretecer um diálogo com o legislador constitucional, enquanto interlocutor privilegiado nesta matéria.

Desse diálogo resultou a conclusão de que, na CRP, se pretendeu tratar as garantias do processo contraordenacional e demais processos sancionatórios tendo por referência as garantias do processo penal, daí a sua inserção sistemática ²¹⁰. Essa referência que se afigura inegável é feita igualmente através da mobilização do estatuto do arguido, enquanto verdadeiro sujeito processual ²¹¹.

De facto, enquanto categoria matricial, o arguido *nasce* no processo penal mas prolonga-se também no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios ²¹². Entende-se que essa opção não foi inocente mas, bem pelo contrário, recheada de significado ²¹³.

Com essa escolha, o legislador constitucional pretendeu apontar para o padrão em matéria de garantias, que as formas de processos sancionatórios mais recentes do que o processo penal deveriam seguir ²¹⁴.

É assim que, a concluir, se sustenta que o legislador constitucional deixou ao

²¹⁰ No preenchimento do que sejam as garantias de defesa referidas na “*cláusula geral*” do art. 32.º, 1, da CRP, devem incluir-se “*todas as demais que decorressem da necessidade de efectiva defesa do arguido em processo penal*”, MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *Ibidem*, p. 709.

²¹¹ Por referência à jurisprudência do TEDH e sublinhando que o direito à não autoincriminação pode ser esgrimido também num processo administrativo sancionador, em função da sanção em causa e do seu grau de aproximação à sanção penal, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem* p. 156.

²¹² Sobre as garantias do processo penal no processo por infrações administrativas, no panorama da jurisprudência do TC Espanhol, pautado pela compreensão de que em ambos os casos estamos perante matizes do *ius puniendi* estatal, cfr. LOBO, José María Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, *Ibidem*, pp. 25 a 30.

²¹³ Bem assim, daí pode retirar-se a circunscrição destas garantias constitucionais ao âmbito dos processos sancionatórios, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, pp. 206 e 207.

²¹⁴ Incluindo no âmbito normativo do art. 32.º, 10, da CRP, o processo contraordenacional, bem como demais processos sancionatórios, mormente, o disciplinar, mas ainda os de “*natureza privada*”, como sejam a “*disciplina laboral*”, a “*disciplina das organizações coletivas*”, no que faz dos direitos de audiência e de defesa “*regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito*”, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 526. Para estes AA., mantém-se uma questão controversa saber se estes princípios do art. 32.º da CRP se aplicam a processos “*parapenais*”, como sejam o de extradição e expulsão de estrangeiros, *habeas corpus* ou de execução de penas.

legislador ordinário a margem necessária para conformar as concretas soluções ^{215,216}. No entanto, limitou essas soluções pelo padrão do estatuto do arguido enquanto sujeito processual, acompanhado de todas as garantias de defesa que lhe vão acopladas, nomeadamente, o direito ao silêncio e o *nemo tenetur* ^{217,218}.

O reconhecimento dessas garantias para lá do processo criminal e entrando já no processo contraordenacional ²¹⁹, com todas as suas consequências práticas, torna-se ainda e tão mais importante quanto se reconhece que se tem optado pela tipificação como contraordenações de comportamentos cuja gravidade e elevadas sanções clamam por um tratamento garantístico ^{220,221 222}.

²¹⁵ Compreende-se melhor uma diferença de intensidade de aplicação entre aquela que surge no direito processual penal e a do direito contraordenacional, do que a diferença de tratamento, sustentada no Ac. *Orkem*, entre o direito da concorrência e o direito criminal clássico. A incompreensão aguça-se quando se percebe que a razão de ser da diferença na segunda comparação é a necessidade de conciliar a defesa da concorrência com os direitos de defesa. Ora, se assim é, não faria mais sentido defender uma menor intensidade de aplicação no âmbito do direito criminal clássico, uma vez que os bens jurídicos aí tutelados são mais importantes? Sobre o Ac. *Orkem*, cfr. MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, pp. 1078 a 1081.

²¹⁶ CAPELO, Maria José / BRANDÃO, Nuno, *A eficácia probatória das sentenças penais...*, *Ibidem*, p. 38. Por toda a jurisprudência constitucional, veja-se o recente Ac. do TC n.º 674/16, Proc. n.º 206/2016.

²¹⁷ Assim, expressamente, o Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5, entendendo que o direito à não autoincriminação vale no processo contraordenacional por via do art. 32.º, 10, da CRP, bem como o Ac. do TRL de 15/02/2011, Proc. n.º 3501/06.3TFLSB.L1. Cfr. ainda SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração...*, *Ibidem*, p. 279.

²¹⁸ Todavia, em sentido contrário, mobilizando precisamente a possibilidade de, no processo contraordenacional, o *nemo tenetur* sofrer restrições maiores do que aquelas que poderia suportar no processo penal, CAPELO, Maria José / BRANDÃO, *A eficácia das sentenças penais...*, *Ibidem*, p. 39.

²¹⁹ Admitindo que o direito de defesa do arguido em processo contraordenacional se possa materializar no direito ao silêncio e no direito à não autoincriminação, COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: O Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, pp. 452 e 453. Reconhecendo igualmente a vigência do *nemo tenetur* nos procedimentos sancionatórios da concorrência, no seu núcleo essencial, permitindo a recusa em responder aos pedidos de colaboração quando daí resulte a incriminação dos visados, SILVA, Maria de Fátima Reis, *O Direito à Não Auto-incriminação*, *Ibidem*, p. 74. Determinando que a violação dos direitos de defesa do arguido, consagrados no art. 50.º do RGCO configura uma nulidade sanável e sujeita a arguição, cfr. Assento n.º 1/2003 do STJ, referido e citado também pelo Ac.do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5. Ver ainda Ac. do TRL de 15/02/2011, Proc. n.º 3501/06.3TFLSB.L1 e do TCRS de 27/09/2013, Proc. n.º 45/13.0YUSTR.

²²⁰ Nota que já se teve a oportunidade de realçar a propósito do reconhecimento dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação aos entes coletivos.

²²¹ Dando nota de que, com o processo *Bendenoun vs. France*, o TEDH passou a reconhecer a aplicabilidade dos princípios processuais penais a procedimentos fiscais, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 139.

²²² O entendimento do texto –i. é, de reconhecimento da valência do *nemo tenetur* no seio do processo contraordenacional – é partilhado por Lucía Alarcón SOTOMAYOR (*El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 186 e ss.), fundamentando-o essencialmente em duas ordens de razões – em primeiro lugar, a repercussão dos elementos obtidos ao abrigo do dever de colaboração, quer num futuro processo contraordenacional, quer num eventual processo penal. Em segundo lugar e numa linha argumentativa na qual se encontra eco bastante, a exigência de cumprimento do dever legal de colaboração e a sanção pelo seu incumprimento só têm lugar no âmbito não sancionatório, uma vez que a mais do que isso, leia-se, à sua valência no âmbito sancionatório, obsta o direito à não autoincriminação. Embora ao arripio da jurisprudência constitucional espanhola, a A. cita abundante doutrina no mesmo sentido. No mesmo sentido se cita a jurisprudência do TEDH na sua interpretação generosa daquilo que seja a *acusação em matéria penal*.

Por fim, note-se que a posição aqui assumida não pugna pela identidade de garantias entre o processo contraordenacional e o processo penal, fazendo tábua rasa da autonomia que os separa.

Assim, será de admitir diferenças de monta – p. ex., a exigência de prestação de caução para a atribuição de efeito suspensivo de recurso de decisão que imponha coima em matéria concorrencial ²²³, a derrogação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* ²²⁴ ou a cumulação, na autoridade administrativa, das funções de investigar, acusar e julgar ²²⁵.

Todavia, os direitos ao silêncio e à não autoincriminação, enquanto partes fulcrais do estatuto de arguido e dos seus direitos de defesa, devem ser reconhecimentos também e igualmente ao arguido que o seja num processo contraordenacional ²²⁶.

²²³ Art. 84.º, 4 e 5 da LdC. Em sentido contrário, invocando o princípio da tutela jurisdicional efetiva, aliado ao princípio da presunção de inocência, cfr. o Ac. do TC n.º 674/16, Proc. n.º 206/2016, Rel. Cons. Maria de Fátima MATA-MOUROS, com os dois votos de vencido, cujos argumentos entende-se que devem proceder, nomeadamente a provisoriedade da medida e a possibilidade de fixação de garantia de modo a minimizar o seu impacto económico. No sentido defendido no texto, Ac. n.º 376/2016, Proc. n.º 1094/2015, Rel.: Cons. Carlos Fernandes CADILHA. Na doutrina, em sentido contrário ao defendido no texto, citando outras posições, de um lado e de outro, cfr. BRANDÃO, Nuno, *Sistema Contra-Ordenacional a Diferentes Velocidades...*, *Ibidem*, p. 287 e especialmente n. r. 20.

²²⁴ Em sentido contrário, BRANDÃO, Nuno, *Sistema Contra-Ordenacional a Diferentes Velocidades...*, p. 288.

²²⁵ Sobre este tema e neste sentido, na atuação da Inspeção Geral do Ambiente, cfr. Ac. do TC n.º 278/2011, rel. Cons. Ana Maria Guerra MARTINS. Sobre o tema, num olhar crítico sobre a *praxis*, BRANDÃO, Nuno, *Acordos Sobre a Decisão Administrativa e Sobre a Sentença...*, *Ibidem*, pp. 597 e 598. Pugnano pela sua admissibilidade constitucional e designando de *imprópria* a classificação deste modelo como inquisitório, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Garantias e Evolução...*, *Ibidem*, p. 253 Cfr. ainda Ac. do TC n.º 581/2004, rel. Cons. Paulo Mota PINTO, Ac. do TC n.º 595/2012, rel. Cons. Vítor GOMES e também sobre a norma dos Estatutos da SCML, o Ac. do TC n.º 49/2013, rel. Cons. Catarina Sarmento e CASTRO.

²²⁶ Contrariamente a um entendimento muito mais restritivo assumido pelo RC no seu Ac. 461/2011, rel. Cons. Catarina Sarmento e CASTRO onde, com fundamento na *neutralidade ética* do direito das contraordenações, se admite a compressão do *nemo tenetur* perante o dever de cooperação.

CAPÍTULO II

O Dever Legal de Cooperação

1. Sua caracterização

O dever de cooperação^{227,228,229} traduz-se na exigência ou imposição de entrega de elementos, prestação de esclarecimentos pelo obrigado ou tolerância de diligências. É um dos maiores instrumentos de investigação²³⁰ de que dispõem as autoridades com poderes de supervisão²³¹ ou de inspeção²³², daí que um dos principais argumentos mobilizados para

²²⁷ Como refere Mark BERGER, falando em “*compelled disclosure systems*”, em *Europeanizing Self-Incrimination...*, *Ibidem*, p. 359 - «*Os signatários Europeus da Convenção e os Estados Unidos têm recorrido a estes sistemas de colaboração imposta e as questões emergentes da colaboração imposta são comuns a todos eles.*». A doutrina recorre indistintamente às expressões “*cooperação*” e “*colaboração*”. No presente estudo, à semelhança da generalidade da doutrina, recorrer-se-á ora a uma, ora a outra expressão, sem qualquer distinção, pese embora se partilhe uma preferência etimológica por “*cooperação*”, uma vez que “*coperor*”, mais neutral, pressupunha apenas o trabalho com outro(s), enquanto “*collaboro*” implicava um trabalho «*de comum acordo*» o que, na hipótese aqui vertida, é mais difícil de imaginar. Cfr. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa: Temas e Debates, 2005, Tomo V (p. 2171) e Tomo VI (p. 2382).

²²⁸ Sobre o problema no espaço europeu, cfr. NEGRI, Daniele. *Medios de Prueba no Regulados Expresamente en lo Convenio de Asistencia Judicial de 2000 y Derechos Fundamentales*, *Ibidem*, pp. 339 a 349, RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000... Parte I*, *Ibidem*; *Corpus Juris 2000... Parte II*, *Ibidem*, e ainda, para uma perspetiva comparativa do dever de cooperação nos sistemas regulatórios de *common law* e nos sistemas de *civil law*, mas também dos moldes da cooperação internacional nesta área, vide GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva de enforcement*, *Ibidem*, pp. 61 a 64.

²²⁹ Sobre o dever legal de cooperação do contribuinte, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Idem*, *Ibidem*, pp. 125 e ss. e ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario...*, *Ibidem*, p. 14. Sobre a tensão ora em estudo e o dever de cooperação dos regulados para com a ANACOM, vide COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: o Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, pp. 429 e ss. Para o dever de cooperação como manifestação da “*regulação repressiva*”, TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, p. 113. Sobre o dever de cooperação no âmbito dos poderes da ERC, ROQUE, Miguel Prata, *Os poderes sancionatórios da ERC*, *Ibidem*, pp. 407 e 408. Sobre o dever legal de cooperação no âmbito da aviação civil, vejam-se os Estatutos da ANAC, que sucedeu ao INAC, aprovados pelo Decreto-lei n.º 40/2015, de 16/03, concretamente o seu art. 36.º, 1, al. b), bem como, por referência aos anteriores estatutos do INAC, o Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5. Sobre o dever de colaboração no âmbito da supervisão administrativa, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, *Ibidem*, p. 564. Sobre o dever de cooperação do proprietário de veículo automotor nas infrações de trânsito por excesso de velocidade, em diálogo com o Ac. *Weh*, cfr. SILVEIRA, Ângela Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração...*, *Ibidem*, pp. 265 e ss.

²³⁰ Entendida em sentido lato como atividade tendente ao apuramento de factos e para lá dos estritos limites do inquérito em processo penal ou da fase *administrativa* no processo contraordenacional.

²³¹ Referindo-se ao setor da concorrência, mas passível de se extrapolar para outros setores regulados, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, *Ibidem*, p. 68.

²³² No âmbito tributário e em conexão com o IRS, FAUSTINO, Manuel, *O Dever de Retenção na Fonte...*, *Ibidem*, p. 139 e ainda SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, pp. 179 a 180. Sobre a materialidade administrativa e o carácter preliminar da inspeção, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 202.

justificar a consagração de um dever legal de cooperação com os poderes públicos seja precisamente a *efetividade* da supervisão ou da inspeção ^{233, 234}.

Tanto assim é que, em muitos casos, a autoridade vai confiar quase inteiramente neste mecanismo de cooperação forçada ²³⁵ para transformar os primeiros indícios ou as mais básicas suspeitas em verdadeiros elementos de prova, fornecidos pelo próprio visado ²³⁶.

Nesta linha, o dever legal de cooperação é uma previsão normativa que vai obrigar determinada entidade ou particular a colaborar com uma autoridade pública ²³⁷, seja ativamente, ao prestar esclarecimentos ou entregar determinados elementos, mormente, documentos, quando tal lhe seja requerido, seja passivamente, sujeitando-se a determinadas diligências levadas a cabo por essa mesma autoridade ²³⁸. Desta forma e mais esclarecidamente, aquilo que se exige ao obrigado não é tanto uma cooperação, quanto uma obediência ²³⁹.

Desta forma, o dever legal de cooperação é um importante instrumento da atividade das autoridades públicas, uma vez que as rodeia de uma esfera de atuação pela qual a entidade ou particular obrigado pelo dever de cooperação vai estar abrangido, sem poder contrapor a sua vontade.

Na maioria das vezes, o incumprimento deste dever legal de cooperação constitui

²³³ Aproximando a efetividade da supervisão da previsão de deveres de cooperação, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 405. Apelando igualmente à efetividade da atuação do regulador mas indicando o poder sancionatório como “*vertente da supervisão*”, COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: o Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, pp. 429 e 433 e 436.

²³⁴ Bem como a efetividade do combate a novas formas de criminalidade especialmente abeis na dissimulação, SÁ, Liliana da Silva, *O dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 121 e 122.

²³⁵ Porque não depende da voluntariedade do obrigado e não porque esta seja sempre e necessariamente forçada.

²³⁶ Neste sentido e a propósito do Direito da Concorrência, vide ALFAFAR, Diana Patrício, *O nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração...*, *Ibidem*, p. 79.

²³⁷ Falando em “*obrigações ex ante*”, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, *Ibidem*, p. 541. Sublinha-se, contudo, que alguns deveres autónomos de cooperação podem ainda ter de ser cumpridos perante o titular dos rendimentos, FAUSTINO, Manuel, *O Dever de Retenção na Fonte...*, *Ibidem*, p. 139.

²³⁸ Todavia, apresentando uma definição do dever de cooperação do contribuinte, exclusivamente focada em “*prestações de facto*” e “*comportamentos*”, logo de carácter positivo, cfr. SANCHES, José Luís Saldanha, *A Quantificação da Obrigação Tributária: Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, *Idem*, *Ibidem*, p. 71. Distinguindo, em linha com a doutrina germânica, apesar de lhe apontar aporias e procurar a superação da centralidade dessa dicotomia como critério, entre «*atos de colaboração ativa (proibidos) e meros estados passivos de tolerância (permitidos)*», SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 768.

²³⁹ Para um interessante estudo sobre as raízes históricas da obediência, então entendimento de forma absoluta, enquanto desprendida de fins para lá do respeito à autoridade régia, em contraposição ao entendimento atual da sua necessidade para a “*manutenção da disciplina do corpo e aparelho administrativo estadual*”, cfr. BRANDÃO, Nuno, *Desobediência e resistência a ordens de autoridade no período das ordenações...*, *Ibidem*, em particular, pp. 1207 e 1208.

uma infração²⁴⁰, punida com contraordenação ou com o crime de desobediência, o que torna particularmente oneroso o incumprimento dos comandos que a autoridade pública dita^{241,242}.

Neste ponto, há que sublinhar a frequência com que, para tornar extremamente onerosa qualquer tentativa de atrasar a colaboração, se permite a fixação de uma sanção pecuniária compulsória²⁴³, isto é, se determina um quantitativo monetário diário a cujo pagamento o obrigado fica adstrito, apenas cessando esse ónus aquando do cumprimento do dever legal de cooperação.

Naturalmente, as duas formas mais típicas de atuação ao abrigo do dever legal de cooperação serão a prestação de depoimento e esclarecimentos e a entrega de documentos²⁴⁴.

A prestação de declarações e esclarecimentos pela via oral corresponde a uma das formas mais antigas de colaboração com a investigação. Contudo, na sua atuação, as autoridades públicas têm-se socorrido dos pedidos de informação por escrito, através dos quais e ao abrigo do dever legal de cooperação, se colocam questões e pedem esclarecimentos a que a entidade ou particular obrigados terão de responder.

É certo que, tratando-se de um pedido por escrito, poderia haver uma tendência para aproveitar a margem que existe para respostas evasivas e pouco esclarecedoras. No entanto, as autoridades públicas mostram pouca tolerância nesse aspeto, voltando a insistir nas questões colocados ou considerando que se está perante um incumprimento.

Quanto à segunda forma mais comum de colaboração – a entrega de documentos²⁴⁵,

²⁴⁰ No âmbito tributário, pode ainda ter lugar outra consequência da falta de colaboração – o recurso a métodos indiretos de tributação, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário, Ibidem*, p. 178. Bem como o seu cumprimento através de informações falsas, inexatas ou incompletas que, no âmbito concorrencial e ao abrigo do art. 68.º, 1, al. h) da LdC, vai constituir contraordenação, AA. VV., *Lei da Concorrência Anotada, Ibidem*, pp. 168 e 169.

²⁴¹ Sobre as consequências no âmbito da inspeção tributária, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus ...*, *Ibidem*, p. 130.

²⁴² Uma discussão comum no âmbito dos deveres de cooperação tributários gira em torno da natureza destes deveres, mormente, no sentido de saber se se tratará de uma obrigação tributária ou não. Manifestando dúvidas de que o incumprimento do dever seja punível por força do RGIT, bem como sobre qual a jurisdição (fiscal ou cível) competente para o julgamento, cfr. FAUSTINO, Manuel, *O Dever de Retenção na Fonte...*, p. 139 (n. r. 1).

²⁴³ Para as sanções pecuniárias compulsórias enquanto “*sanções administrativas ‘stricto sensu’*”, com referências bibliográficas, para que se remete, ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, p. 118 e n. r. 59, *vide* ainda WILS, Wounter, *Self-incrimination in EC, Ibidem*, p. 570 e GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, p. 565.

²⁴⁴ Assim, DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação...*, *Ibidem*, p. 51. Admitindo que o *nemo tenetur* abranja o direito de recusar a facultar meios de prova, incluindo documentos, cfr. Ac do TC n.º 461/2011, rel. Cons. Catarina Sarmento e CASTRO.

²⁴⁵ DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação...*, *Ibidem*, p. 42.

há que realçar a nota de que não se tratará de “documentos” no sentido mais clássico do termo, enquanto determinado suporte material correspondente, p. ex., a certa certidão, título ou registo. Tal apontamento poderia tornar-se redundante na era da digitalização e desmaterialização da informação, contudo, nunca será demais realçar que, para efeitos do dever de cooperação, é relevante considerar como abrangido qualquer suporte de qualquer tipo que contenha informação relevante. Até o grau de tratamento que essa informação possa ter recebido se torna irrelevante – uma lista de transações a partir de determinada conta ou o elenco dos milhões de ordens de compra e venda de títulos mobiliários podem ser considerados documentos e conterão informação relevante para este efeito.

Por outro lado, o dever legal de cooperação tem encontrado abrigo e consagração em vários domínios, unindo-os a todos eles a nota da apertada malha regulatória estatal ²⁴⁶, não só através de uma regulação específica ou setorial ²⁴⁷, por via de autoridades reguladoras com uma missão específica para aquele setor, mas também através de muita e mutável legislação e regulamentação, que cria as exigências e os padrões que deverão ser cumpridos pelos agentes daquele setor e cujo cumprimento caberá ao Estado fiscalizar. São inclusivamente as especiais características e exigências desses setores que têm justificado a consagração deste dever legal de cooperação ²⁴⁸.

Por fim, note-se que este dever legal de cooperação pode ser geral ²⁴⁹ ou específico. Na primeira modalidade, estabelece-se um dever geral das entidades ou particulares colaborarem com a autoridade, que terá assim poder para requerer e ordenar um leque generalizado, indiscriminado e aberto de comportamentos. Por seu turno, perante um dever

²⁴⁶ Elencando os vários domínios e autoridades reguladoras, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação...*, *Ibidem*, p. 67 e COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: o Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, p. 433 (vide ainda para uma perspetiva resumida de contexto sobre a emergência e proliferação da atividade regulatória).

²⁴⁷ Para uma breve e perfunctória resenha histórica da regulação em Portugal, MONTE, Mário Ferreira, *A regulação no contexto do Direito sancionatório. Em especial, os sectores...*, *Ibidem*, p. 241 a 244. Sobre a supervisão e regulação bancárias, MAÇÃS, Fernanda, *Responsabilidade civil das entidades reguladoras...*, *Ibidem*, pp. 428 a 444.

²⁴⁸ Bem assim, dessas particulares características procura extrair-se a conclusão de que estará fundamentada uma legítima derrogação do direito ao silêncio e à não autoincriminação. Todavia e a propósito do direito tributário, LILIANA DA SILVA SÁ dá conta de que O TEDH “[...] num acórdão que é considerado um marco no reconhecimento destes direitos a qualquer pessoa sob investigação, resultante do julgamento do processo *Funke vs. France* considerou ter sido violado o art. 6.º n.º 1 do CEDH, na medida em que as características particulares da legislação aduaneira não justificam a violação do direito do arguido a permanecer em silêncio e a não contribuir para a sua não incriminação.” – SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 138.

²⁴⁹ Conforme refere Miguel Moura e SILVA, no âmbito concorrencial, a exigência de fornecer informações é apenas uma das concretizações dos deveres de colaboração, *Direito da Concorrência...*, p. 160.

legal de cooperação específico, a entidade ou particular fica subordinada à prática de um certo, determinado e especificado comportamento, seja a prestação de esclarecimentos, a entrega de documentos ou outro. O caso mais paradigmático será, no domínio da circulação rodoviária, a sujeição a testes de alcoolémia, seja pela via do *sopro no balão*, seja pela recolha de uma amostra de sangue.

Em suma, podemos concluir que o dever legal de cooperação se traduz numa obrigação expressamente consagrada na lei, a que ficam sujeitos determinadas entidades ou particulares, de praticar os atos a que sejam instados por uma autoridade pública, bem como, ainda ou alternativamente, de se sujeitarem a determinadas diligências. A lei pode consagrar esse mesmo dever com um carácter geral ou pode especificar e discriminar quais os concretos comportamentos dos particulares ou atos da autoridade que abrange.

Em acréscimo, o incumprimento do dever legal de cooperação é tutelado, quer por via do direito contraordenacional, quer por via do direito penal, o que em muitos casos deixa o obrigado a colaborar perante uma *escolha amarga* – ou colaborar e com isso, potencialmente, incriminar-se, ou desobedecer e incorrer numa conduta ilícita, sujeitando-se à aplicação da correspondente sanção²⁵⁰.

2. Da inevitável restrição do direito ao silêncio e do *nemo tenetur* pelo dever legal de cooperação

Conforme se pôde acima sublinhar aquando da caracterização do dever legal de cooperação, este constituirá uma obrigação de agir ou suportar, sem que se permita qualquer tipo de margem para ponderar ou afirmar o interesse do obrigado.

Assim e como dever que é, não se deixa qualquer margem de oportunidade ou de consideração *estratégica* para que o obrigado pondere ou justifique uma eventual recusa, argumentando para tanto com o seu interesse ou conveniência em não colaborar²⁵¹. Desta forma, fica comprimido o direito ao silêncio, cuja caracterização acima se empreendeu²⁵².

²⁵⁰ Para as vias de coerção (“*compulsion*”) contra o incumprimento, WILS, Wouter, *Self-incrimination in EC...*, *Ibidem*, pp. 582 e ss. Ainda no âmbito da concorrência, MARTINHO, Helena Gaspar, *O Direito à Não Auto-Incriminação no Direito da Concorrência...*, *Ibidem*, p. 1064.

²⁵¹ Colaborar, entenda-se, contribuindo para a sua incriminação, SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração...*, *Ibidem*, p. 264.

²⁵² Na já citada comparação, António GAGEIRO assume exatamente como ponto nevrálgico a questão da compressão dos direitos de defesa e a sua relação em que a invocação do dever de cooperação decorra, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement...*, *Ibidem*, pp. 61 a 64.

Todavia, convém sublinhar – o dever legal de cooperação só compreenderá uma compressão do direito ao silêncio quando a ação ou permissão que se exige ao obrigado lhe seja *imediate e exclusivamente* dirigida. Ou seja, já não se poderá falar em direito ao silêncio quando a colaboração que se exige ao obrigado não incide sobre informação que lhe diga respeito a ele mesmo, mas a informação de terceiros, da qual o obrigado, por alguma razão, dispõe e lhe tem acesso.

Realça-se assim o carácter pessoal. Há aqui um direito ao silêncio apenas em relação à proteção do próprio visado contra a obrigação de fornecer elementos com um conteúdo, potencial ou efetivamente, incriminatório – mas que sobre ele mesmo recaia ²⁵³.

Quando o dever de cooperação esteja a cargo de quem seja obrigado a entregar determinados elementos que lhe estejam confiados mas que digam respeito a outrem, não falamos já de direito ao silêncio ou à não autoincriminação, mas sim de outros temas – nomeadamente, de segredo profissional (nas suas várias possíveis modalidades), cuja *ratio*, diferente daquela que subjaz ao *nemo tenetur*, mobiliza uma ponderação e uma reflexão diversa daquela que cabe aqui empreender ²⁵⁴.

Nesse caso, quando a informação diga respeito a terceiros, já não se falará de compressão do direito ao silêncio, mas sim e eventualmente, de derrogação do segredo profissional, nas suas várias modalidades, caso a informação tenha chegado ao domínio do obrigado em virtude da sua profissão ou atividade.

Ora, conforme acima já se deixou claro, o direito ao silêncio é uma garantia de defesa que a todos assiste no âmbito de um processo sancionatório, entendido em sentido lato, como qualquer situação em que se esteja perante uma diligência investigatória ou repressiva estatal.

Da pura ótica do exercício do direito ao silêncio, não é necessário que, dos elementos, ações ou permissões que são exigidos ao obrigado resulte a incriminação. Com efeito, os motivos do exercício do direito ao silêncio são insondáveis, delineando este um espaço próprio e reservado à estratégia do visado ²⁵⁵.

²⁵³ TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, pp. 128 e 129. No mesmo sentido, por apelo à jurisprudência norte-americana do Supremo Tribunal, *Couch c. Estados Unidos da América*, ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario...*, *Ibidem*, p. 19.

²⁵⁴ Cfr., nomeadamente, TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, pp. 126 a 128.

²⁵⁵ Como *supra* se sublinho, a imperscrutabilidade do silêncio é um elemento essencial da sua vigência e operatividade.

No entanto, o pesado ónus que o dever legal de cooperação impõe sobre o obrigado torna-se ainda mais e particularmente problemático quando, do cumprimento desse dever, resultar uma autoincriminação^{256,257,258}.

Serão disso exemplo os casos em que, ao prestar esclarecimentos, respondendo com verdade como está obrigado, a entidade ou particular vai acabar por confessar a prática de determinado ilícito ou, ainda, vai contribuir determinante e decisivamente para a sua condenação²⁵⁹.

Nesse caso, falta-lhe a alternativa de se remeter ao silêncio, uma vez que, não só está obrigado a colaborar, como também lhe será aplicada uma sanção pelo incumprimento desse mesmo dever legal de cooperação.

Neste ponto, chega-se a uma tensão, choque ou colisão que espelha o dilema que onera os obrigados pelo dever legal de cooperação – para fugir a uma condenação que resultaria do cumprimento autoincriminatório do dever legal de cooperação, terão de suportar uma condenação pelo incumprimento desse mesmo dever, uma vez que, em princípio, não lhes é dada outra alternativa²⁶⁰.

3. Conformidade constitucional do dever legal de cooperação

O ponto de partida para a abordagem da conformidade constitucional do dever legal de cooperação é a relatividade do direito ao silêncio, bem como do *nemo tenetur*²⁶¹. Com

²⁵⁶ A compressão do direito à não autoincriminação pelo dever de cooperação com a Administração é expressamente reconhecida pela jurisprudência constitucional espanhola, como dá conta SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 184 e 185.

²⁵⁷ «Para além do processo penal e contra-ordenacional tributário, vários são os domínios nos quais é latente o conflito entre o *nemo tenetur* e os deveres de cooperação que impendem sobre as pessoas singulares e colectivas.», DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação...*, *Ibidem*, p. 67.

²⁵⁸ «Essa obrigação geral de conservação e apresentação de documentos de diversa ordem perante as entidades reguladoras faz com que a actividade económica e empresarial seja um campo fértil de tensões do *nemo tenetur*.», DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação...*, *Ibidem*, p. 42.

²⁵⁹ Falando precisamente deste “conflito latente”, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 122 e ainda 124 e 125, bem como na p. 146 onde se fala em “tensão dialéctica”. Usando igualmente esta última expressão sobre esta realidade, GOMES, Nuno de Sá, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal...*, *Ibidem*, p. 316.

²⁶⁰ O quadro de sanções que visam tutelar a obstrução à atividade dos reguladores é de carácter híbrido, ora verdadeiramente penal, ora contraordenacional, cfr. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Crimes no sistema financeiro...*, *Ibidem*, pp. 485 e 486, para um quadro geral desses ilícitos nos mercados financeiros.

²⁶¹ Sobre a análise da inconstitucionalidade da norma que estabelecia o dever de cooperação no âmbito da concorrência, ao abrigo da anterior LdC, mas que se manteve quase inalterada na atual LdC, cfr. AA. VV., *Lei da Concorrência Anotada*, *Ibidem*, pp. 175 a 179.

efeito, uma absolutização destas duas garantias seria um entorpecimento brutal da atividade investigatória e repressiva do Estado levando mesmo, nalguns casos, à paralisação total ²⁶².

Nalguns domínios, essa paralisação poderia inclusivamente atuar em desfavor do próprio visado. Para ilustrar esta afirmação, mobiliza-se o exemplo do domínio da circulação rodoviária – sem o recurso aos testes de alcoolémia, seja por via do *sopro no balão* ou recolha de uma amostra de sangue, como se poderia, com certeza, apurar o grau de álcool no sangue com que o condutor circularia ²⁶³?

Certamente, noutros ordenamentos jurídicos existem outros métodos, mas o casuísmo e a arbitrariedade que os caracterizam acabam por atuar em desfavor dos condutores que, muitas vezes, se veriam condenados com um nível de álcool no sangue abaixo do máximo legalmente permitido.

Desta forma, descortina-se desde já um interesse contraposto ao direito à não autoincriminação e que lhe vai servir de limite ²⁶⁴ – o interesse da comunidade na investigação, repressão e sanção dos ilícitos, bem como e ainda, que esse interesse seja prosseguido com a máxima eficácia que a tutela dos direitos individuais ainda permita.

Assim, afasta-se um entendimento *absolutizante* do direito à não autoincriminação que, fazendo-o derivar diretamente do princípio da dignidade humana, o tornasse impassível de restrições. Com efeito, no horizonte jurídico-constitucional do Estado de Direito, o princípio da dignidade humana é o único que não admite derrogações nem mesmo quando sacrificado para tutela ou concordância com outros princípios.

Por outro lado, é claramente numa justificação processual, emergente da estrutura acusatória do processo penal português e da presunção de inocência que a todos aproveita, que se deve centrar a origem e a justificação do *nemo tenetur*. O direito à não autoincriminação será assim uma faculdade processual, fundamental enquanto componente de um processo justo e equitativo, que é concedida a quem seja visado num processo sancionatório.

²⁶² Assim, discorrendo sobre os “*requisitos necessários para que a restrição ao nemo tenetur seja legítima*”, SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Dever de Colaboração...*, *Ibidem*, pp. 291 a 297.

²⁶³ E dessa forma conseguir quantificar a quantidade de álcool no sangue no condutor, tendo em vista a técnica utilizada pelo legislador na tipificação do ilícito. Este ponto será objeto de desenvolvimento no número seguinte.

²⁶⁴ Neste sentido – «*Independentemente da sua consagração no direito constitucional e internacional, o direito à não auto-incriminação carece de justificação material que ajude a esclarecer os seus limites.*», MACHADO, Jónatas, RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 15.

Todavia, a sua consagração não é absolutamente imune a derrogações e compressões, quando se pretenda com isso salvaguardar outros interesses igualmente carentes de tutela ²⁶⁵.

Daí que a maior parte da doutrina que se debruça sobre a tensão e o conflito entre o dever legal de cooperação e o *nemo tenetur* não se pronuncie pela inconstitucionalidade da derrogação do primeiro às mãos do segundo ²⁶⁶.

Para tanto, é preciso que se demonstre o respeito pelo princípio da proporcionalidade ²⁶⁷, sob as várias vertentes de necessidade ²⁶⁸, de adequação e de idoneidade ²⁶⁹ do dever legal de cooperação enquanto meio necessário à tutela da eficácia da investigação e ainda da proporcionalidade do sacrifício do direito à não autoincriminação.

No entanto, e por se estar perante matéria de restrição de direitos fundamentais ²⁷⁰, a malha do princípio da legalidade é especialmente apertada. Aliás, a formulação que se adota de dever *legal* de cooperação pretende, desde logo, desvelar essa mesma relevância do princípio da reserva de lei ²⁷¹. Tal exigência é erigida pela própria Constituição que, no seu art. 18.º, n.º 2, além das várias matrizes aferidoras da proporcionalidade e sobre as quais já

²⁶⁵ Realçando precisamente este ponto, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 23.

²⁶⁶ No âmbito tributário e apenas para a retificação da liquidação do imposto, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 147, veja-se ainda, de uma forma mais geral, circunscrevendo a exigência de cumprimento e sanção do incumprimento do dever legal de colaboração ao âmbito não sancionatório, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 188.

²⁶⁷ MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, pp. 1094 a 1097. Para uma recente problemática de compressão de direitos e sua análise à luz da proporcionalidade, cfr. o Ac. do TJUE *Puškár*, Proc. 73/16.

²⁶⁸ Assim - «*Nas palavras do Tribunal Europeu, a medida de investigação há de responder a uma “necessidade social imperiosa” (pressing social need). Só nessas circunstâncias se pode considerar justificada a ingerência das autoridades públicas na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos.*», WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad*, *Ibidem*, p. 171. A mesma A., ainda na pág. 171, complementa, apelando à necessária intervenção casuística do juiz.

²⁶⁹ Assim, pronunciando-se pela necessidade do recurso à consagração de deveres de cooperação, DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação*, *Ibidem*, p. 42.

²⁷⁰ Sobre a restrição de direitos fundamentais em processo penal, desenvolvidamente, MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp. 138 a 142.

²⁷¹ Sobre o princípio e a sua previsão em sede constitucional, ver *infra* as considerações tecidas, aquando da reconstrução expositiva da tese que admite a total compressão do *nemo tenetur* pelo dever legal de cooperação. Para um excursus em redor da proporcionalidade *abstracta*, que onera o legislador aquando do discurso criminalizador e da proporcionalidade *subjativa* na mobilização da norma incriminadora (seja pela Administração, munida de poderes sancionatórios, seja pelo Juiz), cfr. LOBO, José María Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, *Ibidem*, p. 39 e ss. No mesmo sentido, mas no confronto entre a atividade do legislador e a da administração tributária, CAMPOS, Diogo Leite de / SOUTELINHO, Susana, *Direito do Procedimento Tributário*, *Ibidem*, pp. 73 e 74.

nos debruçámos, vai ainda colocar a exigência de consagração expressa legal ^{272,273}. Desenvolver-se-á agora precisamente este ponto.

4. Casos e critérios para a aceitação de uma vigência total do dever legal de cooperação e da valoração dos elementos cuja recolha permita

Apesar de tudo o que vai dito e que, de certa forma, já vai relevando a posição que se sustenta perante o problema, há casos em que se deve sustentar e defender a prevalência de um dever legal de cooperação. Como exemplo paradigmático, pode mobilizar-se a sujeição a exames físicos – mormente, a análise do sopro do condutor de veículo para apuramento da quantidade de álcool no sangue com que conduz a viatura ²⁷⁴, mas também a recolha de sangue. A desobediência do condutor importará a prática do crime de desobediência.

Ora, olhando aos caracteres e matrizes da posição que se sustenta, esta situação – a sujeição obrigatória do condutor a exames – preenche uma situação de confronto entre um dever legal de cooperação e o direito à não autoincriminação do condutor ²⁷⁵.

Com efeito, ao sujeitar-se aos exames e conduzindo o veículo com uma taxa de álcool no sangue superior àquela que é legalmente permitida, o condutor estará a produzir determinadamente prova contra si mesmo e a favor da sua condenação por responsabilidade

²⁷² Esta exigência constitucional é partilhada pela jurisprudência do TEDH. Assim – «*Segundo, uma doutrina consolidada, o Tribunal definiu como pressuposto básico da adoção de qualquer medida restritiva de um direito fundamental que a mesma esteja prevista em lei, que se encontre “in accordance with the law”, que tenha cobertura legal no Estado onde seja de levar a cabo. A reserva de lei constitui um pressuposto formal do princípio da proporcionalidade e é uma consequência necessária da conceção de legalidade num Estado democrático de Direito, que consagra o princípio do primado da lei.*», WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad*, *Ibidem*, p. 167. Cfr. ainda NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, *Ibidem*, pp. 820 e 823 e ss., PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 91 e MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp. 139 e 140. Para o devido destaque e a necessária análise do princípio da reserva de lei na atribuição de competência sancionatória à Administração Pública, cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, p. 217.

²⁷³ Ainda sobre esta matéria da previsibilidade e determinação da norma legal restritiva, a A. cita mais adiante, o caso *Huvig*, em que se considerou que o então art. 368.º do *Code de Procédure pénale* francês era uma norma demasiado ampla e aberta, “*pois autorizava o juiz a adoptar qualquer medida necessária para a averiguação do facto ilícito*”, WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad*, *Ibidem*, p. 168.

²⁷⁴ Sobre o tema, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 232 a 243.

²⁷⁵ Colocando esta situação no elenco de *limitações ao nemo tenetur* no ordenamento português, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova...*, *Ibidem*, pp. 44 e 45.

contraordenacional ou criminal ²⁷⁶.

Um possível caminho para a superação do problema poderia ser sustentar-se que, antes da constituição como arguido e previamente ao decurso do processo sancionatório, não assiste ao condutor um direito à não autoincriminação e ao silêncio.

Contudo, esse entendimento não é de subscrever. Se os elementos assim recolhidos nessa fase pré-sancionatória vão servir como prova no posterior processo sancionatório, é imperativo que logo aí se reconheça ao visado os seus direitos de defesa. Mesmo que esse reconhecimento só surja posteriormente, em sede de julgamento, pela não valorização dos elementos recolhidos. Assim, não será por essa via que se conseguirá superar o problema.

Como tal, urge explorar outras vias e a primeira será a de olhar para o relevante interesse social que surja em contraponto aos direitos do visado e a indispensabilidade dessa mesma compressão, quando perscrutadas outras formas de conseguir atingir a mesma proteção daquele relevante interesse social.

Começando pela indagação do relevante interesse social em causa, é evidente que, no âmbito da circulação rodoviária, uma atividade de enorme risco e perigosidade, a segurança da mesma é um valor maior ²⁷⁷.

Para salvaguardar a segurança rodoviária e com ela o direito à vida e à integridade física de todos quanto circulem na estrada, num veículo ou não, e assim minimizar ao máximo os inevitáveis riscos que resultam da circulação rodoviária, importa asseverar da lucidez, capacidade e disponibilidade mentais dos condutores para a condução de veículos ²⁷⁸.

Em contraponto, o consumo de estupefacientes e de bebidas alcoólicas tem comprovadas consequências nefastas na concentração, reação e habilidade do ser humano para a condução, pelo que é um fator de exponenciação do risco. Tornando o condutor inábil e inapto para a circulação rodoviária, o seu comportamento torna-se imprevisível e uma ameaça para todos aqueles com que se cruze.

Entende-se assim que estas razões vão, simultaneamente, justificar a tipificação

²⁷⁶ Contra, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 236.

²⁷⁷ Nesta linha, impondo que em contraponto ao sacrificio estejam interesses de estatuto constitucional que se imponha, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 25. Fornecendo depois e precisamente os exemplos da obrigação de “soprar ao balão” ou a colheita de fluidos orgânicos face à sinistralidade rodoviária e a sua correlação com o consumo de álcool.

²⁷⁸ Citando a jurisprudência constitucional espanhola e do TEDH, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 236.

como ilícito da condução sob o efeito de álcool e de estupefacientes ²⁷⁹, bem como, a um nível que se pode dizer processual, exigir que o Estado seja bastante eficaz na prevenção, perseguição e repressão destas infrações.

Este quadro que nos parágrafos anteriores se concretizou torna premente que, ao nível da fiscalização e repressão, o Estado se muna de meios ágeis e expeditos para fiscalizar a condição dos condutores permitindo-lhe, ao nível da prevenção, identificar e impedir que continuem em circulação rodoviária os condutores que, fruto do consumo de bebidas alcoólicas ou estupefacientes, não se encontrem aptos àquela atividade. Do ponto de vista da repressão, será a forma de reunir os meios de prova que, com maior certeza, permitam a condenação do agente da infração.

Visto que está o primeiro aspeto da justificação deste dever legal de cooperação – a premência do relevante interesse social em causa – urge agora olhar para o segundo aspeto em análise – a indispensabilidade do recurso a este instrumento legal, com a consequente opressão do direito ao silêncio e à não autoincriminação do arguido.

Este segundo critério exigirá que o dever legal de cooperação seja o único meio apto a permitir ao Estado exercer, pela repressão das infrações, a tutela do relevante interesse social em causa. Ou seja, a coerção do visado a colaborar, sob ameaça de sanção e mesmo que isso implique a sua autoincriminação tem de ser, dadas as circunstâncias, a única forma de se tutelar a segurança rodoviária e salvaguardar o interesse público em impedir a condução de veículos por quem tenha consumido estupefacientes ou bebidas alcoólicas.

É de entender que, neste caso, se cumpre igualmente este segundo requisito. Qualquer outro meio alternativo de fiscalizar o nível de álcool ou o eventual consumo de estupefacientes pelos condutores não permitiria cumprir esse desiderato. Desde logo, por exemplo, não é possível recorrer a um prévio mandado judicial, na medida em que, perante uma circulação em massa de veículos e a natural morosidade em obter o mandado, se inviabilizaria enormemente a circulação rodoviária fluida e sem interrupções.

Outrossim, no momento em que se fosse finalmente sujeitar o condutor a exame, os resultados já não espelhariam a realidade no momento da condução, mas sim algum tempo depois, o que inutilizaria esses elementos como prova de factos ocorridos anteriormente.

Além disto, poderia ponderar-se outros meios, como a sujeição do condutor a testes

²⁷⁹ Cfr. o art. 291.º, 1, al. a), do CP (*condução perigosa de veículo rodoviário*) e o art. 292.º, 1, do CP (*Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*).

de aptidão física, a realizar no local da inspeção. Contudo, esses mesmos exames não permitiram obter um resultado quantitativo compatível com a técnica usada pelo legislador aquando da tipificação das infrações. Além do mais, a determinação do que fosse a condução sob o efeito de álcool teria de se fazer por recurso a conceitos indeterminados a preencher, discricionariamente, pela autoridade pública, o que levantaria problemas ao nível do princípio da legalidade criminal.

Por tudo o que vai dito, torna-se assim imperioso concluir pela necessidade, indispensabilidade e admissibilidade do dever legal de cooperação, sob a forma de sujeição a exames de alcoolemia e estupefacientes no âmbito da circulação rodoviária ²⁸⁰.

Concomitantemente, pode ainda reforçar-se a posição da pessoa sujeita aos exames de especiais garantias, dada a delicadeza da sua posição. Assim, é-lhe dada a possibilidade de uma contraprova, seja pela repetição do exame, seja pela realização de recolha e análise sanguínea, em homenagem a um princípio de contraditoriedade ²⁸¹.

5. Do significado probatório da entrega de elementos e da prestação de esclarecimentos

Há casos em que a entrega de elementos pode ter um valor verdadeiramente equiparável à de um depoimento oral e testemunhal ²⁸². Essa equiparação deve ser considerada por duas vias, de igual importância – em primeiro lugar, quando a entrega daqueles elementos ou a prestação de esclarecimentos por escrito seja tão determinante para o apuramento dos factos quanto seria a prestação de depoimento ou testemunho; em segundo lugar, quando o efeito autoincriminatório dos dois métodos de prova se equivalha – isto é, quando o arguido, chamado a prestar depoimento e respondendo com o conteúdo daqueles

²⁸⁰ Outro critério será o da *materialidade* dos elementos, embora daí resultando a admissibilidade da recolha de documentos ao abrigo do dever legal de cooperação é revelada por MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, pp. 28 e 29 no horizonte do direito neozelandês.

²⁸¹ Assim, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo*, p. 236.

²⁸² Dando precisamente conta disto, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 20 - «*A suprema instância dos Estados Unidos considerou que no caso Fisher o relevo testemunhal assumido pelo fornecimento de documentos pelo contribuinte à administração tributária seria mínimo, o mesmo sucedendo com o efeito auto-incriminador. Ou seja, de acordo com esta orientação jurisprudencial, sempre que o fornecimento de documentos, por ordem da administração, tiver um relevo testemunhal e um impacto auto-incriminatório, o mesmo é precludido pelo direito à não auto-incriminação.*».

documentos ²⁸³, se autoincriminaria da mesma forma ²⁸⁴.

Ora, esta dupla equiparação desvela o quão problemática e tensa é esta situação, no que concerne ao confronto entre o interesse da eficácia da investigação e o interesse da preservação dos direitos e garantias do arguido.

Se, por um lado, há todo o interesse da parte da investigação em obter aqueles elementos e esclarecimentos, por outro, há o direito do visado a não se autoincriminar, possibilidade que, excluída que está a mentira, só lhe está acessível pela via da remissão ao silêncio. Contudo, tal possibilidade está-lhe vedada, uma vez que sobre ele impende um dever legal de cooperação, cujo incumprimento constituirá um ilícito.

Como se tem desenvolvido, haverá aqui duas hipóteses problemáticas fundamentais – ou dos esclarecimentos pedidos aos visados resulta uma verdadeira admissão da versão factual que é imputada pela investigação (ou ainda a confissão ²⁸⁵ de uma versão factual altamente desfavorável), ou os visados são obrigados a entregar elementos cujo conteúdo é verdadeiramente preponderante e decisivo para a sua incriminação e condenação ²⁸⁶.

Na primeira hipótese, há claramente uma equivalência quase total à situação das declarações orais, apenas com a eventual diferença de que os esclarecimentos pedidos aos visados ao abrigo do dever legal de cooperação devem ser prestados por escrito ^{287,288}.

²⁸³ Sobre a prova documental no processo penal, adiantando uma definição do que se entenda por documento, MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal, Ibidem*, pp. 176 e 177. Sobre as declarações do arguido, comparando o CPP de 1929 e o CPP de 1987, SANTIAGO, Rodrigo, *Reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova...*, *Ibidem*, pp. 27 e ss.

²⁸⁴ Neste sentido e a propósito do caso *United States v. Doe*, admitindo que a entrega de documentos pode ter valor testemunhal, casos em que o *nemo tenetur* pode ser invocado com sucesso, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 20. Dando conta de que o TC Espanhol, no domínio do direito tributário, apenas reconhece um conflito entre a entrega de documentos ao abrigo de dever de cooperação e o *nemo tenetur* quando o contribuinte admita a sua culpa, ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario...*, *Ibidem*, p. 15.

²⁸⁵ Como sublinham MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 14, a voluntariedade da confissão é indispensável.

²⁸⁶ A jurisprudência constitucional espanhola resume o âmbito de proteção do *nemo tenetur* em confronto com o dever de colaboração “*compulsão de um testemunho expresso e direto contra si próprio*”, cfr. SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 185 e, em particular, n. r 5. A A. assume aí uma posição crítica e de refutação dessa jurisprudência.

²⁸⁷ Ao nível de diferenças entre as situações de declarações orais e de prestação de esclarecimentos por escrito, admite-se uma diferença acrescida que, contudo, não é de tal ordem que possa contrariar as considerações tecidas no texto – enquanto nas declarações orais, há um diálogo *em direto*, logo, com menor margem de ponderação e reflexão antes de cada resposta, na prestação de esclarecimentos por escrito, a resposta surge muito mais diferida em relação à pergunta, permitindo mais considerações estratégicas antes do envio da primeira.

²⁸⁸ Por apelo a uma “*interpretação teleológica*” do art. 61.º do CPP, na parte em que consagra um direito ao silêncio do arguido e sustentando precisamente a sua extensão aos casos de entrega de documentos, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 136.

Já na segunda hipótese, uma outra questão adicional se levanta – os elementos requeridos serão, essencial e maioritariamente, documentos.

Ou seja, a investigação vai adquirir elementos probatórios, que em sede de julgamento será possível valorar. Todavia, esses elementos foram obtidos sem que tenham sido cumpridos e respeitados os direitos de defesa do visado, a saber, o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Como tal, identificam-se aqui um par de situações práticas em que se entende que ou há uma identificação com o regime das declarações orais do arguido e, como tal, deve valer em toda a linha o direito ao silêncio e a possibilidade de escusa a prestar depoimento (mesmo que deva ser dado por escrito) ou, por outro lado, perante a recolha de elementos, mormente elementos documentais, cuja obtenção só se pode admitir no quadro da mediação pela intervenção garantística da autoridade judicial, isto é, pela emissão de um mandado de busca.

Em suma, nestes mesmos casos, urge perguntar – qual a razão de fundo, ou seja, qual a radical diferença, que não se descortina, para um tratamento desigual em, matéria de *nemo tenetur*?²⁸⁹.

Ao nível da entrega de documentos, muitos AA., maioritariamente associados à sustentação do *nemo tenetur* com pendor processual, entendem que a entrega de documentos não deve estar abrangida pela proteção do direito à não autoincriminação²⁹⁰.

Muito sumariamente, estes AA. entendem que o âmbito de proteção do *nemo tenetur* se restringe inelutavelmente ao âmbito dos interrogatórios judiciais ou policiais e que, no caso da entrega dos documentos, não há margem para a autoincriminação do sujeito, uma vez que o documento entregue será autossuficiente, isto é, ou dele resulta um efeito autoincriminatório ou não resulta. A produção desse efeito não está na disponibilidade do visado²⁹¹.

Contudo, esta corrente ignora a materialidade subjacente à entrega de documentos ou prestação de esclarecimentos e que se traduzirá na utilização do visado ou arguido como fonte de prova contra si próprio. Com efeito, será determinante o fator involuntário e o resultado autoincriminatório da cooperação assim imposta ao arguido para se verificar a

²⁸⁹ Problema que se adensa quando os elementos assim obtidos *migram* para o processo penal, como dá nota MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, p. 146.

²⁹⁰ Acompanha-se de perto MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, pp. 1072 e 1073.

²⁹¹ MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1073, muito em particular, n. r. 35.

carência de tutela pelo *nemo tenetur*.

Com esta base, entende-se que o fiel da balança deve pender para o lado das garantias do arguido ou visado e a sua tutela. Não se apresentando uma radical diferença entre a entrega dos elementos, ao abrigo de um qualquer dever de colaborar, e a prestação do depoimento, ainda que por escrito, pois é de um depoimento autoincriminatório que verdadeiramente se trata, devem ser os direitos do arguido ou visado a prevalecer sobre o interesse da investigação ²⁹².

No entanto, não se deixa a investigação votada à completa inércia, na medida em que poderá ainda recorrer a outros meios de obtenção de prova, como sejam as buscas. Por esta via, se pugna por uma maior (re)jurisidicionalização dos meios de obtenção de prova, que o dever legal de cooperação, por via do seu *automatismo* e *imediatismo* permite contornar ²⁹³.

Ao invés, aquilo que não é de aceitar é que, por via da imposição do dever legal de cooperação e das obrigações que daí resultam para os visados, se aceite, em sede não sancionatória, a recolha de elementos que, num processo sancionatório, fruto das garantias desse processo, aí não poderiam ter sido obtidas ^{294,295,296}.

²⁹² Assim, propende-se mais para a posição tradicional e dominante na Alemanha, que faz abarcar as “obrigações de colaboração ativa (active Mitwirkungspflichten)” pelo *nemo tenetur*, cfr. SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, *Ibidem*, pp. 376 e 3773

²⁹³ Sublinhando, precisamente, essa relação entre *desjurisdicionalização* e perda de garantias, no âmbito do sigilo bancário, MENDES, Paulo de Sousa, *A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário*, *Ibidem*, p. 210. A propósito, nas pp. 208 e 209, o A. elenca estas “novas possibilidades legais de acesso a informações protegidas pelo sigilo bancário, disseminadas por inúmeros diplomas avulsos”, caracterizadas pela “*desjurisdicionalização*”, bem como pela “*desjudicialização*”. O excerto citado procurou responder à questão, assaz pertinente e tangencial para o nosso estudo - «[d]e que servem estes regimes excepcionais se os bancos recusarem a colaboração?» (p. 209). Apelando ao panorama norte-americano e na esteira da jurisprudência seguida em “*United States v. Doe*”, “*Braswell v. United States*” e “*Bellis v. United States*”, «se considera que os bancos estrangeiros não podem invocar a Quinta Emenda para se recusarem a divulgar as contas» (mormente, os seus beneficiários últimos), MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação...*, *Ibidem*, p. 20.

²⁹⁴ No horizonte do ordenamento jurídico brasileiro e na linha de argumentação sustentada - «Assim sendo, é imperioso ponderar a proibição de valoração no processo penal da prova que o próprio Ministério Público não poderia adquirir originariamente, com base nos meios de obtenção de prova disponíveis no processo penal», MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e a Utilização em Processo Penal das Provas Produzidas por Autoridades Reguladoras Financeiras*, *Ibidem*, p. 145.

²⁹⁵ Contrariamente, a jurisprudência maioritária norte americana alinha pela “*Schmerber rule*”, que limita o âmbito do *privilege against self-incrimination* ao depoimento oral, pese embora se afirme no mesmo panorama a doutrina da “*affirmative action*”, que aumenta o raio de ação para as condutas positivas do sujeito, admitindo já a possibilidade de suportar e tolerar diligências, cfr. SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, p. 376.

²⁹⁶ Em sentido contrário e admitindo a comunicabilidade ao processo penal dos elementos que hajam sido recolhidos na fase de inspeção tributária, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, p. 180, sustentando que as provas “que forem obtidas no exercício legal da inspeção tributária e com respeito pelas respectivas normas não são provas proibidas”. Diferentemente do A., entende-se que esses elementos se devem cingir exclusivamente ao âmbito da inspeção e regularização tributárias. Aceitando a valoração de elementos obtidos num momento em que não valeria o *nemo tenetur* e antes da existência de acusação ou

6. Do recurso por parte do Estado a elementos que tenha armazenado (a *required records doctrine*)

Um problema próximo mas distinto daquele que constitui o cerne deste estudo resulta do facto de «[n]o cumprimento dos seus próprios deveres, o Estado apresenta-se como um aparelho que recolhe, armazena, elabora e comunica os dados (cada vez mais, graças à rede de conexão informática entre os diferentes setores da organização administrativa); pede informações em troca dos serviços (transportes, energia, telecomunicações) ou de prestação de assistência (saúde, Segurança Social) [...]»²⁹⁷.

Importante é ter em conta que não se inclui aqui aqueles determinados casos em que o Estado, na sua atividade de investigação, faz uso de informação e documentação de que ele próprio já dispõe. Isto quer tenha tido ou não a necessidade de, para o efeito, requerer essa mesma informação a outra autoridade pública.

Mais, para este efeito, não se distingue entre informação recolhida e armazenada por impulso da autoridade pública e aqueles casos em que a informação foi fornecida pelo cidadão no cumprimento de obrigações declarativas (que não um dever legal de cooperação). Ou seja, importante é que não tenha sido o cidadão a fornecer esses elementos por requisição da autoridade pública, a cujo cumprimento estivesse legalmente adstrito.

Concretizando um pouco mais, toda esta problemática em particular tem sido tratada pela jurisprudência e pela doutrina norte-americanas sob o signo da “*required records doctrine*”.

Contudo, importa erigir alguns critérios que condicionem e limitem a valoração destes elementos dentro do estrito respeito pelos direitos e garantias de defesa dos visados. Assim, para que a valoração destes elementos não seja proibida, deve ocorrer a verificação alternativa de dois critérios, que se passará a elencar e explicar.

Um primeiro critério de ordem mais objetiva – é necessário que não tenha sido a entidade responsável pela investigação a ter previamente requerido os elementos.

constituição de arguido, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 232. Todavia, embora não o refira expressamente, a A. parece estar a apontar mais para a situação pressuposta pela “*required records doctrine*”.

²⁹⁷ NEGRI, Danielle, *Medios de Pruebo no Regulados...*, *Ibidem*, 342. Ainda neste âmbito, «Entende-se que enquanto este mesmo Estado que é, ao mesmo tempo, titular do poder punitivo, aspira a utilizar as informações adquiridas na atividade administrativa, convertendo-as em provas contra o sujeito que as proporciona, na qualidade de utilizador, paciente ou contribuinte, uma vez que este último se tenha convertido em destinatário de uma acusação penal.»

Em segundo lugar, um critério de ordem mais subjetiva, ao nível de quem a informação diga respeito – a que título é que esses elementos recolhidos e armazenados pelo Estado foram entregues? Aqui, é necessário que a resposta não passe pelo dever legal de cooperação, mas sim pelo cumprimento de uma qualquer obrigação declarativa a cargo do visado, seja no interesse do Estado, seja no interesse do próprio sujeito, como na instrução de qualquer procedimento administrativo.

Desta forma, evita-se que, sob a aparente inocência da “*required records doctrine*”²⁹⁸, se pudesse na verdade estar a recorrer ao dever legal de cooperação sem que lhe pudessem ser apontadas aporias ao nível da compressão de direitos.

²⁹⁸ Exatamente porque, no exercício da sua atividade, o Estado carece as mais das vezes de conservar, armazenar e preservar informação dos cidadãos, sem ser necessariamente para fins de fiscalização ou investigação, como tal sem que daí resulte necessariamente um conflito com o direito ao silêncio ou à não autoincriminação, «*No caso Shapiro v United States, o Supremo Tribunal sustentou que a Quinta Emenda não abrange documentos cuja produção e conservação seja exigida pelo Estado para a realização de finalidades administrativas (required records rule).*», MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 19.

CAPÍTULO III

Do Confronto entre o Nemo Tenetur e o Dever Legal de Cooperação no Quadro Dogmático das Finalidades do Processo Sancionatório

1. Direito da investigação criminal e da prova ²⁹⁹

A indagação que com este estudo é empreendida radicar-se-á, em primeiro lugar, no âmbito temático do Direito da investigação criminal e da prova. Com efeito, antes de mais, tratar-se-á de estudar a aquisição de conhecimentos, como estágio inicial ou genético do processo de investigação criminal ³⁰⁰.

Assim, só após uma primeira e primária aquisição de conhecimentos, isto é, de factos sólida e comprovadamente demonstrados, se poderá passar, num raciocínio de inferência analógica, para os factos menos conhecidos ou desconhecidos, mas que se possam obter a partir da matéria já conhecida e provada.

Todavia, é uma zona muito particular e problemática do Direito da investigação criminal que nos vai interessar – o Direito da prova ou Direito probatório ³⁰¹. Tal implica reconhecer, aprioristicamente, que aquela referida aquisição de conhecimentos não pode ser executada sem limites ou movida apenas por preocupações e critérios da maior eficácia possível. É assim um problema de *validade* aquele que se põe perante nós ³⁰².

Note-se, contudo, que se fala aqui na Investigação criminal *lato sensu*, uma vez que o problema surge e a nossa própria análise o coloca, não só quando haja a investigação de um crime propriamente dito, mas também e ainda em áreas como a supervisão ou a regulação

²⁹⁹ Sobre a polissemia da expressão “Prova”, enquanto *atividade probatória, meio de prova, resultado da atividade probatória e prova material*, vide MENDES, Paulo Sousa, *As Proibições de Prova no Processo Penal*, *Ibidem*, pp. 133 e 134 e MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Processal Penal*, *Ibidem*, pp. 142 a 148. Sobre concretos aspetos de prova no direito sancionatório da regulação, mormente em confronto com as disposições do processo penal, TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, pp. 123 a 132.

³⁰⁰ Como refere Maria Fernanda PALMA, «A lógica da investigação não é deste tipo, pois nela faz-se uma inferência a partir de uma afirmação sobre um caso particular com os conhecimentos disponíveis, que configuram uma regra, para atingir outra afirmação mais profunda acerca do mesmo caso particular» PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p. 7.

³⁰¹ Reconhecendo o plano probatório como uma das *dimensões* do princípio da presunção de inocência - Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008, no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB, p. 11.

³⁰² Assim, PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p. 10.

e aqui também a propósito da prática ou suspeita da prática de contraordenações.

Ora, é assim neste entrecruzar temático entre a regulação³⁰³ e supervisão^{304,305} e de uma atividade muito própria e nuclear da atividade estatal – a Investigação criminal – e um seu particular aspeto, de onde emergem pertinentes e complexas questões – a Prova, que se vai situar o presente estudo. Pode mesmo defender-se que a prova – mormente, a sua válida obtenção e valoração – constitui a zona de limite da investigação criminal, onde se vai discutir e colocar o problema da *legitimidade* da ação estatal^{306,307}.

Tudo isto não é mais do recordar que aquilo que se pretende alcançar com a investigação criminal em particular e com o processo penal em geral não é uma verdade absoluta, a impor uma omnisciência por parte do Estado, mas sim uma verdade apurada, depurada e decantada no seio das garantias constitucionais e legais do Estado de direito³⁰⁸. Pode então dizer-se que a verdade do processo penal não é uma verdade absoluta, nem o Estado de direito tem pretensão que assim seja, mas sim uma *verdade válida*, conforme às matrizes garantísticas³⁰⁹.

Comum aos vários pontos dessa matriz está uma forma de raciocinar em termos de ponderação – sopesa-se, por um lado, os ganhos em matéria de verdade, leia-se, de eficácia na sua descoberta, contra, por outro lado, a restrição a direitos fundamentais.

Até que ponto se deva ou possa ir para dar mais relevo à primeira vertente é uma resposta dada pela legitimidade de que o Estado ainda se possa arrogar na tutela de direitos, liberdades e garantias e não apenas num Estado *securitário*.

³⁰³ Sobre a regulação económica e a concorrência, cfr. LOPES, Patrícia, *Segredo de Negócio vs. Defesa do Arguido*, *Ibidem*, pp. 67 a 69.

³⁰⁴ «O conceito de supervisão é, nos termos do CdVM, amplo e algo heterogéneo, na medida em que significa, genericamente, o controlo, a vigilância, o acompanhamento e a fiscalização da actividade dos agentes e dos mercados.», DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Parecer* in DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio...*, *Ibidem*, p. 20.

³⁰⁵ «2. A implantação deste modelo coenvolveu a criação de novas entidades administrativas, normalmente sob a forma de autoridades administrativas independentes (v. g., CMVM, ANACOM, ERSE, ETC.), a quem foram atribuídas funções tanto na esfera do regime regulatório, como do processo regulatório, nelas assim confluindo simultaneamente manifestações típicas dos três poderes tradicionais do Estado.», BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material*, *Ibidem*, p. 416.

³⁰⁶ PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p. 10. VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência...*, *Ibidem*, pp. 24 e 25.

³⁰⁷ Assim, VELOSO, José António, *Boas intenções, maus resultados...*, *Ibidem*, p. 85.

³⁰⁸ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal...*, *Ibidem*, p. 20.

³⁰⁹ Neste mesmo sentido, «No entanto, uma estrita lógica de verdade é confrontada com o significado jurídico-constitucional da investigação criminal num processo penal de estrutura acusatória e orientado por princípios de Estado de Direito como o da mínima restrição possível dos direitos fundamentais pelo Direito Penal e pelo Processo Penal. Uma lógica investigatória pura não tem limites.», PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p. 13.

Um exemplo paradigmático e ilustrativo do que se pretende expressar são as *proibições de valoração de prova*³¹⁰, no campo das consequências de obtenção de prova em violação de normas jurídicas. É exatamente uma matéria em que, tendo adquirido matéria de facto ou conhecimentos que aproximam a investigação da verdade, o Estado, em nome e para tutela de direitos fundamentais de cidadãos, abdica e deita por terra esses esforço e sucesso investigatório, ao proibir-se de valorar a prova obtida em violação de garantias fundamentais.

Como se tem destacado, por detrás desta matriz está um raciocínio de *sacrifício* – neste caso, claramente sacrificando os avanços investigatórios em prol de direitos do visado pela investigação.

Certamente que esta forma de atuar chocará com a lógica investigatória *pura*, que encontra eco e expressão no pensamento científico-naturalístico, todavia, a própria lógica do Estado de direito obriga a encontrar estas soluções de compromisso para responder às tensões, conforme melhor se explanará abaixo³¹¹. Importa assim que a investigação respeite os limites impostos pela personalidade dos visados.

Contudo e como alerta e esclarece ROXIN³¹², «*Afinal de contas podem existir invasões do âmbito privado da personalidade sem que haja autoincriminação e podem existir casos de autoincriminação, que não sejam causados por uma invasão do âmbito privado da personalidade*».

Como exemplo do primeiro caso, podemos pensar na obtenção coerciva de documentos abrangidos pela esfera da reserva privada mas sem conteúdo incriminatório para

³¹⁰ As proibições de prova são um limite à lógica investigatória, PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p. 15. O princípio da presunção de inocência é igualmente referido como limite a que se atinja a finalidade de descoberta da verdade, VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência...*, *Ibidem*, pp. 25 e 26. Assim também, CONDE, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, *Ibidem*, p. 1014 e, realçando o conflito que aqui surge entre a tutela dos direitos fundamentais e a finalidade de realização da justiça e descoberta da verdade material, ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, *Ibidem*, p. 14. Aliás, da própria definição das proibições de prova como “*proibições de investigação de determinados factos relevantes para o objecto do processo*” (GÖSSEL, Karl-Heinz, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal...*, *Ibidem*, p. 397) se descortina a tensão entre o interessa na descoberta da verdade e a tutela dos direitos fundamentais.

³¹¹ Desta forma e reconduzindo o presente capítulo ao âmago do estudo, destacando precisamente a necessidade de conceber as garantias sempre no contexto e em relação com a atividade maior da fase de investigação – a recolha de prova enquanto apuramento de factos, citando Jónatas Machado e Vera Lúcia Raposo, sublinha-se que - «*Subjacente ao direito à não auto-incriminação encontra-se igualmente um princípio de prevenção do abuso de poder na recolha de informações, da invasão da privacidade e da recolha de elementos probatórios destituídos de fidedignidade*», MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 14.

³¹² ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, p. 88.

o titular dessa esfera. Como exemplo do segundo caso, podemos pensar no dever de entrega de um documento autoincriminatório mas respeitante à atividade profissional do sujeito.

Mostra-se assim que não é unívoca esta relação entre a proteção de uma esfera de privacidade³¹³ e personalidade e o direito à não autoincriminação³¹⁴, ou seja, não é qualquer ameaça à primeira que põe em causa o segundo³¹⁵.

No plano prático, o reconhecimento de que se trata de um problema de prova (mormente, da sua recolha e da sua valoração), permite superar o entendimento do TEDH de que as garantias do art. 6.º da CEDH não valerão em sede de inspeção, pois haverá apenas a recolha e não a valoração da prova, invocando o interesse público subjacente à atividade regulatória de supervisão³¹⁶.

Contudo, se a prova vai ser posteriormente valorada (ou impedida de ser valorada, caso haja alguma invalidade na sua obtenção), o problema relativo à prova é um problema transversal a todas as frases processuais.

2. Direito processual penal e direito processual sancionatório

Atualmente, são muitas as áreas onde se erigem pequenos sistemas sancionatórios próprios, sempre acompanhados de um sistema ritualístico processual, com o objetivo de traçar um caminho até à decisão final, que se quer o resultado de um julgamento justo, heterononamente sindicável.

Como exemplos, pode alinhar-se o Direito da Concorrência³¹⁷, o Direito dos Valores Mobiliários, o Direito da Energia, o Direito da Comunicação Social, o Direito

³¹³ Quanto ao entendimento do TJUE sobre a esfera de proteção de privacidade e os requisitos para a sua restrição nos termos do Direito da União, por “*listas*”, cfr. o Ac. *Puškár*, Proc. C-73/16.

³¹⁴ Há quem faça depender o nível de proteção dos documentos, por via da proteção da privacidade, do carácter pré-existente dos documentos, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 29. Contudo, como já se pôde sublinhar, a relação entre o *nemo tenetur* e a proteção da privacidade não é unívoca. No mesmo sentido, por apelo à doutrina *Fisher*, do Supremo Tribunal dos EUA, ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario...*, *Ibidem*, p. 15.

³¹⁵ No mesmo sentido, MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1070.

³¹⁶ Sublinhando o entendimento perfilhado pelo TEDH, de que a aplicação das garantias do art. 6.º da CEDH a todas as fases do procedimento da investigação chocaria com o interesse público de investigação de atividades reguladas particularmente complexas, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 32 e 33.

³¹⁷ Vide MATEUS, Abel, *Economia, Direito da Concorrência e Regulação*, *Ibidem* e DANTAS, *Procedimentos de natureza sancionatória na concorrência*, *Ibidem* (à luz da LdC anterior).

Desportivo, mas também e igualmente o Direito do Trabalho, por referência ao poder disciplinar da entidade empregadora.

Naturalmente, em nenhum dos casos daqueles sistemas regulatórios sectoriais, acima elencados, vamos encontrar um aparelho sancionatório ³¹⁸ tão aprimorado como no Processo penal ³¹⁹, onde, a todos os níveis, desde os órgãos de polícia criminal até aos tribunais superiores, passando pelo MP, Juiz de Instrução, funcionários judiciais e Advogados, há um controlo muito apertado e recíproco das decisões, desde logo, intermédias, bem como avultadíssimos recursos humanos e logísticos, que se podem considerar característicos do Direito penal de justiça ³²⁰.

Como certamente se compreenderá, a tanto obriga a gravidade das penas e a complexidade da realidade criminal com que todos aqueles agentes contactam.

No entanto, como acima se expôs, são cada vez mais os setores regulatórios que, procuram ter um aparelho coercivo próprio. Normalmente, esse papel fica a cargo de autoridades reguladoras ³²¹, de carácter administrativo e especializado, as quais vão cumular em si as funções de investigação, acusação e julgamento o que, se fosse replicado no processo penal seria frontal e indubitavelmente inconstitucional, por ofensa da estrutura acusatória, que exige e impõe que a entidade que investiga e acusa não seja a mesma que, depois, vai julgar a causa.

Por aqui, chega-se a um exemplo de uma clara divergência entre o processo penal e o processo sancionatório dos setores regulados, o que poderá constituir um ponto a favor da tese que rejeita a possibilidade de um unitário Direito Sancionatório, comungando de garantias e matrizes comuns.

Contudo, uma rápida análise pelos regimes sancionatórios que temos vindo a

³¹⁸ Para uma superação da discussão sobre a natureza administrativa ou penal da decisão contraordenacional e a sua recondução a um Direito Sancionatório como expressão própria do Direito Público, cfr. ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público*, *Ibidem*, pp. 106 a 108. Para uma aproximação entre o direito penal e o direito contraordenacional, falando em “*identidade de fundo*”, cfr. BRANDÃO, Nuno, *Acordos Sobre a Decisão Administrativa e Sobre a Sentença...*, *Ibidem*, pp. 594 e 595.

³¹⁹ Referindo o direito penal, a par do direito fiscal, como agregadores de *normas relacionais*, por regularem a relação entre o Poder e os cidadãos, criando deveres para um e direitos para outros e vice-versa, AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Público*, *Ibidem*, p. 67. Todavia, esta formulação permitiria ainda mobilizar para aqui o direito processual penal que, contudo, é remetido pelo A. para o Direito Judiciário, ainda dentro do Direito Público.

³²⁰ Sobre o direito de penal *primário*, *de justiça* ou *clássico*, cfr., por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal I...*, *Ibidem*, pp. 9, 120 e 121 e 364 e 365.

³²¹ Em rigor, independentes serão aquelas que apenas estão sujeitas à tutela ministerial (criadas por diploma autónomo), por oposição àquelas que estão sujeitas à tutela e superintendência do Ministro do setor (definidas pela lei orgânica do Ministério), cfr. BOLINA, Helena Magalhães, *O Regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes*, *Ibidem*, p. 741.

mobilizar a título de exemplo, permite-nos encontrar bastantes semelhanças e preocupações idênticas àquelas que perpassam o processo penal.

Mais uma vez, a título de exemplo, o direito de audição mais não permite do que o exercício do contraditório pelo visado no processo contraordenacional; por outro lado, também no âmbito do processo contraordenacional, a jurisprudência tem vindo a realçar a necessidade de concretização e especificação detalhada da matéria subjacente à decisão de aplicação de coima, replicando o dever de fundamentação da sentença.

Tudo isto, entende-se, permite concluir que há, sem dúvida, princípios comuns a todo o direito sancionatório e que constituem os alicerces sobre os quais, em qualquer área e com maior ou menor intensidade, justificada pelos bens jurídicos que concretamente se queiram tutelar, se deve erigir qualquer modelo de repressão estatal ³²².

Concluindo por ora, é com estes argumentos que pretendemos expressar o entendimento segundo o qual as tensões que animam e pululam nas soluções de regime do Direito processual penal valem *mutatis mutandis* para todo o direito sancionatório.

Na verdade, seja no processo penal por um crime de ofensa à integridade física, seja num processo sancionatório contraordenacional no âmbito dos valores mobiliários, vai sempre estar em causa uma tensão radical e nuclear entre as finalidades de descoberta da verdade e de tutela dos direitos e garantias do arguido ou visado pelo processo.

Desta forma, as considerações que se tecerão a este propósito devem considerar-se para todo o âmbito do Direito Sancionatório.

3. A tensão entre as finalidades do processo sancionatório

Radicado na sua nuclear e fundamental simplicidade, o problema ora em estudo mobiliza duas das clássicas finalidades do processo penal ³²³ liberal e garantístico ³²⁴ e coloca-se numa zona de intersecção conflituante entre elas – por um lado, a finalidade da

³²² Sobre a aplicabilidade dos princípios gerais do processo penal ao processo administrativo sancionador, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 146 e ss.

³²³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades...*, *Ibidem*, pp. 29 e ss. Pode encontrar-se um raciocínio de enquadramento do tema por referência e aproximação às finalidades do processo penal e, por isso, semelhante àquele ora empreendido, em VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência...*, *Ibidem*, pp. 24 a 27.

³²⁴ Para António Castanheira NEVES, a *garantia* em processo penal era conseguida por duas vias – a atuação da jurisdição e a imposição das “*formas processuais*” e princípios, *Sumários de Processo Criminal*, *Ibidem*, pp. 7 e 8.

descoberta da verdade e, por outro, a finalidade de proteção de direitos, liberdades e garantias 325,326.

Precisamente a este propósito, Jorge de Figueiredo DIAS convoca o mito da “*cabeça de Jano*”³²⁷, enquanto Paulo de Sousa MENDES fala mesmo numa “*difícil relação entre a eficácia e as garantias no processo penal*”^{328,329,330}. Na mesma linha, resumida mas assertivamente, Paolo TONINI refere que «*Em última análise, o processo penal, na aplicação da lei substantiva, deve perseguir concomitantemente a função de tutelar a sociedade contra a delinquência e a de defender o acusado do perigo de uma condenação injusta*»³³¹.

Assim, podemos já descortinar dois blocos de tensão que vão pulular dentro do

³²⁵ Como sintetiza ROXIN, Claus, in *Pasado, presente y futuro...*, p. 115 - «[...] no fundo trata-se sempre da ponderação entre os interesses de uma administração da justiça penal eficiente e a salvaguarda dos direitos do acusado». Realçando a sua autonomia e impossibilidade de completa harmonização, ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, *Ibidem*, p. 14. Cfr. ainda PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português...*, *Ibidem*, pp. 14, 15, 19 e 20. Sobre os direitos fundamentais como limites à investigação penal, no quadro do conflito entre os interesses da descoberta da verdade e da defesa da liberdade de todo o visado por um processo, cfr. MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp. 137 e 138.

³²⁶ Mais desenvolvidamente, ao nível da *estrutura*, importará que o processo penal apure da culpa e condenação dos culpados e acautele os inocentes de uma perseguição injusta; ao nível dos *princípios*, terá de “*conciliar*” (sublinha-se a escolha deste verbo) o princípio da reafirmação com o “*princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos*”, assim, NEVES, António Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, *Ibidem*, pp. 7 e 8. Assim, a dignidade humana (vertente mais material) e os princípios fundamentais do Estado de direito (vertente mais processual) vão atuar como limites aos “*interesses do processo criminal*” (interesses como finalidade de descoberta da verdade), CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *Ibidem*, p. 524.

³²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, p. 34.

³²⁸ MENDES, Paulo de Sousa, *O processo penal entre a eficácia e as garantias*, *Ibidem*, p. 67. Contrapondo ao *ius puniendi* do Estado como função essencial do processo penal, as três funções de autolimitação do Estado, proteção do investigado e proteção da vítima (em bom rigor, só a terceira se poderá verdadeiramente autonomizar, embora de forma polémica), MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp. 33 a 38. Falando em «*superação do mito da “justiça absoluta”*», CAEIRO, Pedro, *Legalidade e oportunidade...*, *Ibidem*, pp. 33 e ss.

³²⁹ A propósito das relações entre o Direito Penal e o Processo Penal, Maria Fernanda PALMA traça um interessante quadro das tensões entre a “*função punitiva do Estado*”, que encontra maior eco no Direito Penal e as finalidades do Processo Penal “*relacionadas com as garantias de defesa e com a disciplina do Estado na prossecução punitiva*”, sustentando que “*seria idealmente sustentável que todas as funções do Direito Penal preventivas e reparadoras não tivessem lugar no Processo Penal*”, ficando-lhe assim reservado um papel estrito de *trave-mestra* e limite ao Direito Penal. Contudo e a final, sublinha - «*O Processo Penal, porém, fora desse estrito modelo normativo, tem, inelutavelmente, um papel condicionado pela função punitiva do Estado (através das medidas de coacção, dos interrogatórios do arguido, dos meios de obtenção de prova e do próprio julgamento)*».», in PALMA, Maria Fernanda, *O Problema Penal do Processo Penal*, *Ibidem*, p. 41. Sobre as relações entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, cfr. ainda TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, *Ibidem*, pp. 1 e 2, onde o A., muito pertinentemente, ressalva que o carácter instrumental do Processo Penal face ao Direito Penal não é uma diminuição do mesmo.

³³⁰ Líliliana da Silva SÁ refere a “*tensão dialéctica*” entre “*o dever de cooperação do contribuinte, para efeitos de controlo fiscal, e o direito à não auto-incriminação para efeitos processuais penais*”, in *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 146.

³³¹ TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, *Ibidem*, pp. 2 e 3.

processo sancionatório ³³² – um polo *social* e um polo *individual* - o primeiro a exigir uma maior eficácia na atuação do aparelho repressivo estatal, em nome da “*estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada*” ³³³ e o segundo polo a clamar por garantias que permitam assegurar a absolvição do inocente ou a condenação justa do culpado – quer formalmente através do respeito pelos princípios do processo justo e equitativo ³³⁴, quer materialmente, por ser uma condenação na justa proporção. Este segundo polo vai essencialmente mobilizar a função de tutela dos direitos fundamentais do arguido ^{335,336}.

A influência de cada um destes polos nas soluções legislativas adotadas será de sentido contrário, antagónico e conflituante ^{337,338}. A coberto da repressão penal e tutela de bens jurídicos fundamentais da comunidade, tarefa que o Estado procurará empreender com a maior eficácia possível, restringir-se-á, necessária e inevitavelmente, os direitos fundamentais dos cidadãos ³³⁹.

Por outro lado, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos imporá um limite aos

³³² Incluindo entre os “*ramos de natureza sancionatória*” e para além do direito penal, “*pelo menos, o direito de mera ordenação social, o direito disciplinar, o regime das responsabilidades financeiras sancionatórias e o regime das multas processuais no âmbito do processo civil*”, SOUSA, Ricardo Oliveira, *A Comunicabilidade da Prova Penal*, *Ibidem*, p. 275.

³³³ «*A Günter Jakobs se fica devendo a fórmula – emitida na esteira de Luhmann – segundo a qual a finalidade primária da pena reside na **estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada**.*» - DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *Ibidem*, p. 80. Cfr. ainda a mesma sede para desenvolvimentos sobre a função de prevenção geral positiva que cumpre ao Direito Penal.

³³⁴ Ou, em conexão com uma certa “*neutralidade*” do sistema acusatório, o valor do “*fair play*”, CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, *Ibidem*, p. 101.

³³⁵ Lapidarmente e realçando isto mesmo no âmbito da colaboração premiada - «*Também aqui a legitimação democrática da decisão judicial só é portanto alcançável através de um determinado procedimento prévia e formalmente definido, devendo reconhecer-se, com Roxin e Schünemann, que num processo penal de um Estado de direito a protecção da formalidade do processo não é menos importante do que a condenação dos culpados e o restabelecimento da paz jurídica.*», CANOTILHO, J. J. Gomes e BRANDÃO, Nuno, *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, setembro a outubro de 2016, ano 146.º, n.º 4000, p. 25.

³³⁶ Pertinentemente e a propósito da relação entre o Direito Penal e o Processo Penal, Paolo TONINI quando refere que - «*Sem um processo regulado pela lei e respeitador dos direitos das partes, a aplicação da norma penal transformar-se-ia num “direito de polícia”; não haveria o apuramento dos factos por um sujeito imparcial, que valorasse os argumentos aduzidos pela acusação e pela defesa.*», TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, *Ibidem*, p. 2.

³³⁷ Sublinhando esta mesma tensão e necessária compatibilização, precisamente a propósito do direito à não autoincriminação, cfr. MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito anão Auto-incriminação e as Pessoas Colectivas Empresariais*, *Ibidem*, p. 15.

³³⁸ Em que, inexoravelmente, um atuará como limite, *no limite* – inultrapassável, do outro, ALFAFAR, Diana Patrício, *O nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração...*, *Idem*, p. 17.

³³⁹ Daí ser necessária uma harmonização (*Abwägung*) entre as finalidades, NETO, Theodomiro Dias, *O Direito ao Silêncio...*, *Ibidem*, p. 179.

instrumentos de eficácia com que se pretenda equipar o aparelho repressivo estatal.

Só ideal, teórica e abstratamente se pode ambicionar um equilíbrio perfeitamente harmónico entre estes dois polos ³⁴⁰, que a mais não correspondem, como vimos, do que às duas finalidades do processo penal.

Após o reconhecimento da tensão que se verifica entre as duas finalidades do processo penal, a forma de as equilibrar e harmonizar passará, necessária e previamente por lhes reconhecer o mesmo valor ³⁴¹.

Desta forma, no inevitável confronto e exercício de ponderação, que no Estado de direito é obrigatório empreender ³⁴², entre a maior eficácia da investigação e a salvaguarda de garantias, não se pode aprioristicamente pender mais para um lado ou para o outro.

Deve procurar-se o tal e ideal equilíbrio, certo de que é inatingível ³⁴³. Deve encarar-se este exercício com igual certeza de que se vai sacrificar mais um dos polos, na medida em que acabará sempre por se exprimir aqui um juízo – como que um produto – das tensões histórico-concretas do momento ³⁴⁴.

Como resultado do que acima se expôs, parece que se quer concluir que, em última e abstrata instância, uma possível conclusão para a presente investigação seria, pura e simplesmente, considerar que a resolução do problema a que se dedica passaria, inelutavelmente, pelo maior ou menor pendor que cada um quisesse dar uma das finalidades

³⁴⁰ Como refere Paolo TONINI (*Manuale di Procedura Penale, Ibidem*, p. 3. Salientando, precisamente a propósito do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que a preocupação maior do mesmo é “evitar que uma pessoa inocente seja indevida e injustamente condenada”, cfr. MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 14.

³⁴¹ Neste sentido, TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale, Ibidem*, p. 3 - «As duas exigências têm igual importância. Não deve incorrer em erro a consideração segundo a qual a exigência de tutela da sociedade contra o delinquente resguarda todos os cidadãos e, assim, constitui um interesse público enquanto a defesa do acusado é objeto de um interesse privado. Dai não se pode deduzir que a defesa da sociedade deve prevalecer sobre a defesa do imputado. É evidente que todos os cidadãos estão indiretamente interessados em que o imperado tenha os instrumentos processuais que lhe permitam obter o arranjo dos factos a seu favor, com efeito, a cada cidadão pode acontecer ser acusado, sendo inocente ou tendo cometido um facto de menor gravidade do que aquele perspectivado por quem o acusa.»

³⁴² «Em qualquer sistema legal do Estado de Direito a lei processual penal está obrigada a sopesar a finalidade de descoberta da verdade contra o interesse da pessoa acusada de um delito cuja privacidade se protege», ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal, Ibidem*, p. 87.

³⁴³ «Todo o Direito Processual Penal legalmente instituído enfrenta a necessidade de harmonizar, por um lado, o interesse na descoberta da verdade e, por outro, o interesse do acusado na salvaguarda dos seus direitos individuais. A este respeito, o Direito Processual Penal alemão mostra uma constante luta entre estas pretensões contrapostas», ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1.ª edição, setembro de 2000 (Tradução de María del Carmen García Cantizano), p. 121.

³⁴⁴ A propósito, a expressão de Raúl Soares da VEIGA é assertiva e acertada – «A investigação criminal é, ela mesma, circunscrita pela tutela dos direitos fundamentais.», in *O Juiz de Instrução e a Tutela dos Direitos Fundamentais*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, p. 185.

em desprimir da outra, como que *ao sabor do vento*.

Contudo, tal entendimento é de rejeitar, na medida em que aquilo que se exige é uma ponderação concreta entre, de uma banda, o interesse servido pelo dever legal de cooperação e, assim, o seu contributo para a descoberta da verdade e, de outra banda, o direito ou garantia assim sacrificado^{345,346,347}.

Conforme se verá *infra*, é essencialmente à volta desta tensão que se desenrolarão as questões levantadas no presente estudo³⁴⁸. O que aqui se pretendeu demonstrar é que o substrato problemático destas questões não é novo, mas sim a emersão desta clássica tensão entre as finalidades do processo penal em novas áreas³⁴⁹.

Na verdade, embora tanto o direito constitucional como o direito processual penal chamem a si o objetivo e finalidade de tutela de direitos fundamentais, nem o primeiro, nem

³⁴⁵ Outro exemplo que concretiza e adensa a relação problemática entre a eficácia da investigação e a tutela de direitos e garantias prende-se com a confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente que, no âmbito da jurisprudência europeia, se pôs no caso *AM & S c. Comissão* (Ac. do Tribunal de Justiça de 18.05.1982, no Processo n.º 155/79, SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência...*, *Ibidem*, pp. 115 e 116 ou, ainda no âmbito da concorrência, entre a classificação de documentos como confidenciais para proteger o segredo de negócio e os direitos de defesa do arguido, LOPES, Patrícia, *Segredos de Negócio vs. Defesa do Arguido*, *Ibidem*, pp. 86 a 94, PATTO, Pedro Vaz, *O segredo de negócio e o segredo de justiça no Direito sancionatório...*, *Ibidem*, para uma anotação ao caso “Nestlé”, com particular enfoque no acesso a documentos confidenciais, RUIZ, Nuno, *Proc. 766/06.4TYLSB “Nestlé”*, *Ibidem*, pp. 129 a 133.

³⁴⁶ Realçando isto mesmo num estudo comparativo entre o direito alemão e o direito italiano em matéria de perfis de ADN - «*A regulamentação dos direitos e análises funcionais da verificação processual, bem como nas regras sobre a conservação de dados, identifica-se ainda mais a tentativa constante de equilíbrio entre as exigências de descoberta e os direitos do indivíduo à liberdade individual, à saúde, à privacy e à integridade física (Artt. 1 e 2 Grundgesetz GG), tutelados pelos preceitos constitucionais ou convencionais. Esferas particulares de interferências interessam aos cânones processuais da presunção da inocência e do privilégio contra a autoincriminação.*», MAGGIO, Paola, *Esame del DNA e Prova Scientifica...*, *Ibidem*, p. 445.

³⁴⁷ Sublinhando-se igualmente o papel e a importância da jurisprudência - «*Se se diz que o problema central do Direito Processual Penal reside em encontrar um equilíbrio entre os interesses da perseguição penal estatal e os interesses de liberdade do cidadão; entre a aspiração a um juízo juridicamente objetivo e ao mesmo tempo a salvaguarda das formas estabelecidas no processo, isto não é a praxe quotidiana retoricamente consagrada nos manuais de Direito. As mais importantes decisões do Supremo Tribunal são em grande parte movidas por esta tarefa*», ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, p. 112.

³⁴⁸ Para um percurso sobre o fim do processo penal, com particular interesse histórico-crítico, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, *Ibidem*, pp. 40 a 58. No campo da *praxis* das autoridades reguladoras, relatando uma procura pela maximização da eficácia da investigação, sacrificando ou dificultando o posterior controlo judicial, cfr. BRANDÃO, Nuno, *Sistema Contra-Ordenacional a Diferentes Velocidade...*, *Ibidem*, p. 280.

³⁴⁹ Como MOURA E SILVA enquadra a questão decidida pelo Tribunal de Justiça no caso *Orkem c. Comissão* - «*Encontrando-se as empresas obrigadas a prestar informações quando tal lhes seja solicitado mediante um pedido por decisão, sob pena de incorrer em sanções pecuniárias compulsórias, coloca-se a questão de articulação entre o interesse público na investigação e repressão de práticas anticoncorrenciais contrárias ao mercado comum, por um lado, e o interesse da protecção dos direitos de defesa por outro. A questão do direito ao silêncio foi suscitada num importante acórdão do Tribunal de Justiça, cuja decisão continua a ser o ponto de partida para a compreensão do equilíbrio vigente na ordem comunitária entre aqueles interesses acima referidos*», em *Direito da Concorrência...*, p. 86. Para a distinção entre *pedidos de informações simples e pedidos por decisão*, vide MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência...*, pp. 85 e 86.

o segundo, absolutizam essa finalidade ³⁵⁰.

Não o fazem, como se intuirá, pois tal implicaria inevitavelmente a ablação de outra finalidade que também foi acometida ao direito processual penal e que, quanto ao direito constitucional, vai enlevada na tutela de bens jurídicos, que na Constituição não de encontrar abrigo – a descoberta da verdade e o recobro da paz jurídica ³⁵¹.

4. Tecnologia e globalização – novos desafios à do Direito da Prova?

Sublinhando, de certa forma, aquilo que já acima se demonstrou, o presente estudo localiza-se no âmbito problemático da investigação criminal, mais concretamente, no que concerne à recolha de prova.

Ora, a prova corresponde a uma das temáticas de maior relevância e objeto do mais aprofundado estudo no seio do Direito Processual Penal. Atualmente e de igual forma, pode mesmo considerar-se a matéria que mais problemas levanta, como resultado da complexificação e densificação das sociedades pós-modernas.

Por um lado, o constante e exponencial desenvolvimento tecnológico tornou, de alguma forma, desajustadas e ultrapassadas as clássicas formas de recolha de prova, pensadas para volumes de informação muito menores, bem como para fenómenos criminais reduzidos, quer na sua escala geográfica, quer na sua complexidade.

Assim, há mesmo quem procure encontrar nestes fenómenos da globalização e modernização as causas radicais da redução e desconsideração pelas clássicas garantias constitucionais e legais ³⁵².

No entanto, não parece que essa seja uma correta visão das coisas. A globalização e a modernidade complexificaram os problemas, já a maior ou menor compressão de garantias vai depender, sim, da resposta que as Sociedades derem a esses mesmos problemas. É esse o sentido e o escopo da tarefa que ora se empreende.

³⁵⁰ COSTA, José de Faria, *Um Olhar Cruzado...*, *Ibidem*, p. 188, adiantando ainda uma investida à generalizada consagração do direito processual penal enquanto *direito constitucional aplicado*.

³⁵¹ COSTA, José de Faria, *Um Olhar Cruzado...*, *Ibidem*, p. 188.

³⁵² Neste sentido, HASSEMER, Winfried, *Processo Penal e Direitos Fundamentais*, *Ibidem*, p. 15.

5. Conclusões preliminares

A colaboração voluntária com a investigação dos processos sancionatórios deve ser, fruto das garantias consagradas, a regra, isto é, o arguido colabora se e na medida em que o quiser fazer³⁵³. Este apontamento é válido quer no caso mais tradicional do depoimento oral, respondendo a questões colocadas pela investigação, quer no caso da entrega de elementos probatórios, mormente, documentos³⁵⁴.

As considerações que ora se expenderam a propósito da limitação do *nemo tenetur* ao campo sancionatório devem ser lidas como um apontamento *tout court*, na medida em que, como já se sublinhou acima, o *nemo tenetur* relevará igualmente, por exemplo, na construção de determinada norma incriminatória ou quando ainda não haja um processo formalmente iniciado e a decorrer.

Será assim, por exemplo, se da construção dessa norma incriminatória resultar uma inversão do ónus da prova. Aí, terá lugar, sem sombra de dúvida, uma ablação do direito ao silêncio e, potencialmente, do direito à não autoincriminação, quando o conteúdo do elemento probatório que o arguido ou visado haja de fazer lhe seja adverso.

Por outro lado, cumprirá indagar mais aprofundadamente o que se deve entender por processo sancionatório, para então ter presente o *locus* de atuação e de imposição do *nemo tenetur* perante o dever de cooperação.

Não se crê que uma solução que impusesse a nulidade de qualquer prova obtida em cumprimento de um dever legal de cooperação fosse aquela que melhor salvaguardasse os direitos do arguido. Desde logo, porque o arguido pode até ter todo o interesse em fornecer determinados elementos que sejam favoráveis para si e para a versão dos factos que apresenta.

Aquilo que deve ser reconhecido é a margem para, no âmbito de um processo sancionatório, se poder invocar o privilégio do *nemo tenetur*, assim obstando à entrega de

³⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código...*, *Ibidem*, pp. 27 e 28. Sustentando que, em caso de colaboração voluntária em cumprimento do dever legal de colaboração, os elementos assim obtidos já poderão ser valorados, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 201 e 202.

³⁵⁴ Como refere Mark BERGER, em *Europeanizing Self-Incrimination The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights*, *Ibidem*, p. 351 - «Contudo, a polícia deve confiar na colaboração voluntária, apesar da importância que a resposta possa ter para as suas responsabilidades de investigação. Esta é uma das dimensões fundamentais do direito ao silêncio que o Tribunal Europeu afirmou nos dois casos irlandeses.».

elementos cujo conteúdo o arguido ou visado reconheça como autoincriminatório.

Por outro lado, quando a requisição de elementos seja feita fora do âmbito sancionatório, ainda numa fase preliminar ou no cumprimento de inspeções de rotina, não pode o visado recusar-se a cumprir a exigência. Estando fora do âmbito sancionatório, isto é, não havendo nem podendo haver o risco de aplicação de uma sanção cuja prova passe pelos elementos requeridos, não pode fazer valer o seu privilégio de *nemo tenetur*, encontrando-se obrigado a colaborar com a autoridade pública na entrega dos documentos exigidos. É esta a consequência do entendimento que se subscreve e se tem procurado fundamentar.

Todavia, a questão adensa-se e complica-se quando desses elementos resultem indícios ou suspeitas bastantes da prática de determinada infração. Aí, deve ignorar-se esse facto, só porque os elementos resultam de uma prática autoincriminatória pelo acusado?

Tal solução seria uma ablação demasiado grande do poder estatal de repressão dos ilícitos. No entanto, entende-se que aqueles elementos, pela forma como foram obtidos, nunca poderão ser livre e totalmente valorados, sem limites, no campo sancionatório, uma vez que aí padecerão sempre de uma incompatibilidade com o direito fundamental à não autoincriminação ³⁵⁵.

³⁵⁵ Como sustenta Mark BERGER, a propósito dos casos *Saunders e Kansal* (TEDH), em *Europeanizing Self-Incrimination*, *Ibidem*, p. 362, «Se o estado deseja socorrer-se da ameaça de sanções para obter informações, não pode posteriormente usar essa informação para conseguir uma condenação criminal».

CAPÍTULO IV

Teses em Confronto e Apreciação do Problema

1. Introdução

Como até aqui se procurou identificar e recortar, a sobreposição ou encontro entre o dever legal de cooperação e o direito à não autoincriminação, o primeiro como representante do interesse público na eficácia da investigação e repressão de ilícitos e o segundo como concretização da necessária tutela de direitos fundamentais, vai exigir um necessário esforço de redução do âmbito de um ou de outro para que se torne possível uma convivência entre ambos no nosso ordenamento jurídico ³⁵⁶.

Para tanto e ainda antes de se tomar uma posição, que espelhará o entendimento que se faz da melhor forma de compatibilizar a necessidade de munir a supervisão e regulação de atividades e setores, bem como a investigação e repressão de ilícitos, procurar-se-á reconstruir as posições e abordagens que têm sido assumidas na doutrina, num esforço que se quer crítico e, sucessivamente, de desconstrução e reconstrução, ali onde se reconheça a necessidade de rebater argumentos com os quais não se concorde.

Numa primeira abordagem analítica das posições com que imediatamente a seguir se procurará dialogar, pode afirmar-se que uma primeira posição passará pela recusa da possibilidade de invocar o *nemo tenetur* para não cumprir os pedidos dirigidos ao abrigo de um dever legal de cooperação e a partir daí procurar fundamentar e justificar porque se estará perante uma restrição legítima do direito à não autoincriminação.

Como é patente, esta posição privilegiará em maior medida as necessidades da supervisão e regulação e da investigação e repressão dos ilícitos em relação à tutela de direitos fundamentais dos visados.

Num campo oposto, encontrar-se-á uma posição que, admitindo a possibilidade de

³⁵⁶ Assim justificando a necessidade da consagração de deveres legais de cooperação, mas identificando o nóculo problemático de que são geradores. «Tendo em conta a elevada complexidade dos mercados, uma actividade supervisora só é possível por meio da instituição de deveres de cooperação a cumprir pelos agentes económicos. Muitos desses deveres têm por objecto a apresentação de documentos através dos quais a entidade supervisora verifica se a empresa se organizou e procede ou não de acordo com as «regras do jogo». Essa obrigação geral de conservação e de apresentação de documentos de diversa ordem perante as entidades reguladoras faz com que a actividade económica e empresarial seja um campo fértil de tensões do *nemo tenetur*.», DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 42. Pela inconsequência deste caminho, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, p. 765 e 766.

se invocar o *nemo tenetur* para não cumprir com as exigências de documentos ou esclarecimentos em geral feitos ao abrigo do dever legal de cooperação, vai partir para o recorte de situações e procedimentos a tomar para que o visado se possa legitimamente ancorar naquele direito fundamental e assim se furtar ao cumprimento do pedido.

Para os AA. que assumem esta posição, mesmo que os pedidos sejam cumpridos pelos visados e o dever legal de cooperação seja respeitado, haverá que sustentar a inadmissibilidade desses elementos assim recolhidos como prova.

Nesta medida, pode desde já adiantar-se que a posição que se sustenta e que merecerá um mais cuidado desenvolvimento nos capítulos seguintes se inclina em maior medida para a tese da prevalência do *nemo tenetur* sobre o dever legal de cooperação.

Contudo, procurar-se-á desenvolver, num esforço acrescido e com mais precisão, o concreto alcance com que o *nemo tenetur* vai prevalecer sobre o dever legal de cooperação, para que este não se torne em *letra morta* mas, ao mesmo tempo, não torne a capacidade operativa do Estado nesta matéria praticamente inócua.

Por fim, mais uma vez se sublinha, como já se fez *supra*, que a viabilidade constitucional e legal do dever legal de cooperação não é posta em causa. Com efeito, nenhum dos AA. invoca qualquer vício constitucional do dever legal de cooperação ³⁵⁷.

Pelo contrário, reconhece-se que é um instrumento fundamental para uma eficaz supervisão de vários setores, que se pautam pelas notas da *complexidade* e *fluides* na circulação de enormes quantidades de informação.

Aquilo que separa as várias teses em confronto, conforme se verá, é o alcance que esse dever legal de cooperação – e, bem assim, os elementos que ao seu abrigo sejam obtidos – deverá prevalecer, uma vez reconhecido o confronto existente com o direito à não autoincriminação do visado.

2. A tese da restrição legítima do *nemo tenetur* ³⁵⁸

Como ponto de partida, a tese que aceita como legítima a restrição do *nemo tenetur*

³⁵⁷ Admitindo, como é a posição que se assume, que o dever legal de cooperação *fica à porta* do processo sancionatório, seja porque nele não vai operar, nem sob a forma de aproveitamento dos elementos que ao seu abrigo se haja recolhido.

³⁵⁸ Sobre esta tese, *vide* também BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 420 e ss.

pelo dever legal de cooperação não ignora a tensão existente entre o dever de cooperação e o direito ao silêncio ³⁵⁹.

Efetivamente, admite-se que a obrigação de colaborar com a autoridade pública, nomeadamente através da entrega de material e elementos que mais tarde possam ser usados como prova contra o visado comprime inevitavelmente o direito à não autoincriminação do visado.

Nessa situação, o obrigado terá de escolher entre a entrega dos elementos – com a sua consequente incriminação – e a prática de uma infração pela sua desobediência.

A questão reside em saber se – e com que fundamentos – esta restrição é admissível e legítima ³⁶⁰, com o sempre presente pressuposto de que o *nemo tenetur*, embora constitucionalmente salvaguardado, não tem um carácter absoluto e como tal importa restrições.

Note-se ainda que a forma como se passará a expor esta tese corresponde à sua formulação mais desenvolvida, sendo certo que, colocando a tónica mais nuns pontos do que outros ³⁶¹, vários são os AA. que a ela aderem.

Assim, reconhecido o carácter de direito fundamental ao direito ao silêncio e ao

³⁵⁹ Todavia, Ana Proença COELHO, por referência à regulação do setor das comunicações entende que não há sequer um choque entre o direito à não autoincriminação e o dever de cooperação. Embora anteriormente tenha admitido que o direito de defesa do arguido no processo contraordenacional (pp. 452 e 453), constitucionalmente reconhecido, possa abarcar o direito à não autoincriminação, acaba por referir que a sua vigência deve ser afastada em contexto de supervisão, entendida de forma ampla, isto é, abarcando igualmente os poderes sancionatórios da ANACOM. Ancorada na doutrina *Orkem*, conclui que, uma vez que a ANACOM apenas pede aos regulados informações puramente factuais, não há conflito com o *nemo tenetur*. Todavia, não se pode subscrever este entendimento, na medida em que, não raras vezes, a mera transmissão de factos pode assumir um carácter autoincriminatório, havendo então um claro conflito entre o dever legal de cooperação e o *nemo tenetur*. É uma crítica à doutrina *Orkem* e à posição da própria A. Cfr. COELHO, Ana Proença, *Colaboração v. Autoinculpação: O Caso do ICP – ANACOM*, *Ibidem*, pp. 454 a 457. Diferentemente, numa posição próxima daquela aqui assumida e no âmbito da concorrência, defendendo que, no âmbito da fase de supervisão, não há conflito entre o dever de cooperação e o *nemo tenetur*, emergindo esse conflito, sim, no processo contraordenacional, ALFAFAR, Diana, *O Dever de Colaboração e o Nemo Tenetur*, *Ibidem*, pp. 369 e 370. O que pode haver é um erro de perceção – como já se sublinhou acima, o *nemo tenetur*, ao contrário do direito ao silêncio, não vai ser sempre derogado pelo dever legal de cooperação. Será derogado, sim, quando os elementos que o obrigado tiver de divulgar tenham um carácter autoincriminatório, mas é precisamente essas hipóteses que são mais problemáticas em matéria de direitos fundamentais e que constituem o objeto do presente estudo.

³⁶⁰ Como coloca a questão o Ac. do TC n.º 340/2013, Processo n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO - «Sendo certo que a imposição aos contribuintes de deveres de cooperação com a administração tributária, que poderá incluir a entrega, a solicitação desta, de documentos que, depois, num processo de natureza sancionatória penal, possam ser usados contra esses próprios contribuintes, constitui uma compressão do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que se traduz numa restrição não desprezível daquele princípio, importa apreciar se tal restrição é ou não constitucionalmente aceitável.»

³⁶¹ Nomeadamente, colocando a tónica com maior ênfase na necessidade do dever legal de cooperação para salvaguardar e tutelar valores constitucionais relacionados com a concreta área em que esse dever é previsto.

direito à não autoincriminação ³⁶², parte-se para a análise da verificação dos requisitos que o artigo 18.º, 2, da CRP ³⁶³ coloca para que se possa restringir os direitos fundamentais.

Consequentemente e em primeiro lugar, exige-se que se verifique a restrição prévia e expressa, pela via legal, do direito. Tal exigência coloca-se em virtude da *reserva relativa* da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias, por força do art. 165.º, 1, al. b), da CRP ³⁶⁴. Esta reserva relativa da competência legislativa vai impor que qualquer restrição a direitos, liberdades e garantias, como aquela que ora se analisa, terá de resultar de uma lei da AR ³⁶⁵ ou de um DL autorizado por uma Lei de autorização ³⁶⁶ da AR.

Neste concreto ponto, fruto da multiplicidade de deveres legais de cooperação, dispersos por legislação setorial ^{367,368}, a análise terá de ser necessariamente casuística. Todavia, uma vez que se trata de um requisito formal, facilmente apurável, a sua verificação não levantará discussões de maior.

Em segundo lugar, exige-se que a restrição do direito tenha por escopo e se destine à salvaguarda de outros valores constitucionalmente assegurados e valorados, pontificando o argumento da *necessidade*, tornada numa quase *indispensabilidade* do recurso aos elementos por esta via adquiridos ³⁶⁹.

É particularmente por força deste requisito da *necessidade* que a doutrina que se

³⁶² Tal-qualmente se reconheceu *supra*.

³⁶³ Que dispõe - «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.».

³⁶⁴ Que, sob a epígrafe *Reserva Relativa de Competência Legislativa*, dispõe «É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: [...] b) Direitos, liberdades e garantias». Para a reserva do Parlamento como dimensão básica da democracia constitucional parlamentar, CANOTILHO, J. J. Gomes, *O princípio democrático...*, *Ibidem*, p. 101.

³⁶⁵ Falando-se aqui em Lei em *sentido estrito*.

³⁶⁶ Art. 165.º, 2, da CRP, que estabelece os requisitos da Lei de autorização - «As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada.»

³⁶⁷ Sobre o tema, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-ordenações...*, *Ibidem*. Contudo, tenha-se presente um apontamento muito importante – p. ex., o domínio da concorrência, tão importante nesta matéria em apreço, não é setorial, mas sim transversal à regulação da economia, de onde podem resultar zonas de conflito, CORREIA, Carlos Pinto, *As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais*, *Ibidem*, pp. 725 e ss., bem como CALVETE, Victor, *As Semelhanças e as Diferenças...*, *Ibidem*, pp. 79 a 81.

³⁶⁸ Esta dispersão é reflexo da tutela a dois entre um código genérico e variada legislação dispersa, como sucede na Alemanha, Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *Crimes no sistema financeiro...*, *Ibidem*, p. 481.

³⁶⁹ Na formulação que consta do Ac. do TC n.º 340/2013, Proc. n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO - «Por outro lado, como a aplicação duma sanção penal exige a prova do ilícito imputado ao arguido, a inutilização dos elementos recolhidos durante a inspeção à situação tributária conduziria a uma quase certa imunidade penal, como resultado da colaboração verificada na fase inspetiva. Parafraseando Costa Pinto (na ob. cit. Pág. 107): o cumprimento da lei na fase de inspeção acabaria por impedir o cumprimento da lei na fase sancionatória, não sendo possível que um sistema jurídico racional subsistisse com uma antinomia desta natureza.».

pronuncia favoravelmente a esta tese da legítima restrição do *nemo tenetur* se tem ocupado e preocupado em levantar, como contraponto aos direitos fundamentais de defesa do cidadão, uma panóplia de valores constitucionais a tutelar. Em regra, esses valores constitucionais variam consoante a área, setor ou atividade onde a tensão se manifesta ³⁷⁰.

Em terceiro lugar, exige-se que seja uma medida idónea e proporcional ^{371,372}. O primeiro critério impõe que a medida seja apta ao objetivo que se propõe, formulando um juízo de *eficácia*. Este juízo de idoneidade será positivo, isto é, importa apurar a capacidade da medida restritiva.

Concomitantemente, vai operar um juízo de proporcionalidade em sentido estrito ou adequação, de carácter negativo e com o efeito de limitar a eficácia da medida ³⁷³. Aqui, importará já analisar a adequação da medida restritiva.

Numa primeira e breve nota sobre este ponto, cujo desenvolvimento terá lugar mais abaixo em sede de apreciação crítica, importa referir que é incontestável a eficácia e aptidão do dever legal de cooperação para atingir o seu desiderato ³⁷⁴. Se a proliferação da sua previsão por vários diplomas legais não fosse reflexo suficiente disso mesmo, a sua aptidão para conseguir condenações em sede de processos sancionatórios dissiparia qualquer dúvida.

Além desta construção pode ainda mobilizar-se a opinião de Miguel Moura e SILVA ³⁷⁵, muito próxima e semelhante à da jurisprudência do TJUE e especificamente erigida no âmbito do direito da concorrência, mas com ilações que não perdem validade no contexto mais global do confronto entre o dever de cooperação e o *nemo tenetur*.

³⁷⁰ Pese embora, como se sublinhou no Capítulo III, todos reconduzíveis a um polo social de interesse na descoberta da verdade.

³⁷¹ Critério que, nas vertentes da idoneidade, necessidade e adequação e no entendimento do Ac. do TC n.º 340/2013, Proc. n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO, e a propósito da relação entre os elementos obtidos no procedimento de inspeção tributária e valorados no processo penal tributário, se acha preenchido, ainda por apelo ao quadro de uma “Administração de massas”.

³⁷² Sublinhado este ponto da proporcionalidade e alinhando com a tese que ora se expõe, CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM*, *Ibidem*, pp. 264 e 265 - «Com Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, estamos em crer que os deveres de colaboração correlativos à supervisão representam, em si só, uma restrição ao direito ao silêncio e ao direito à não autoincriminação, admissível nos termos do art. 18.º, n.º 2 da mesma, i. e., ao princípio da proporcionalidade.».

³⁷³ Abarcando o seu desdobramento nas exigências da existência de uma imputação concreta contra o visado, da idoneidade da medida, da adequação entre a medida restritiva e a finalidade da mesma e da existência de um bem a salvaguardar, MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, *Ibidem*, pp. 141 e 142.

³⁷⁴ Sublinhando que, no domínio da concorrência e em casos de cartel secreto de preços, a maioria dos elementos estará na posse dos próprios agentes, WILS, Wounter, *Self-incrimination in EC...*, *Ibidem*, p. 567.

³⁷⁵ Assim, «O Direito das Contra-Ordenações mantém, contudo, profundas ligações ao Direito Penal, que se materializam na existência de múltiplas soluções normativas comuns criadas no espaço da dogmática penal e que se fundamentam no facto de, tal como aquele, fazer parte do «direito sancionatório de carácter punitivo» que tem aquele ramo do direito como paradigma.», DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 294.

Adiantando já a conclusão, o A. rejeita a aplicabilidade do direito ao silêncio no domínio da concorrência. Sustenta que valerá *tout court* o dever geral de cooperação com a AdC ³⁷⁶ e fá-lo ancorado essencialmente em quatro ordens de razões.

Em primeiro lugar, defendendo a completude do regime sancionatório erigido pela LdC, que terá como resultado afastar a aplicação subsidiária do CPP ³⁷⁷, mormente do seu artigo 61.º, n.º 1, alínea d), que concede ao arguido a faculdade de se remeter ao silêncio ^{378,379}.

Em segundo lugar, o A. entende igualmente que o âmbito de aplicação do direito ao silêncio não se estende para lá do domínio do interrogatório e do julgamento, ou seja, só nestes momentos é que a lei reservaria ao arguido a possibilidade de prestar esclarecimentos presencial e eventualmente. Desta forma e de acordo com este entendimento, o direito ao silêncio seria tão só e apenas um direito a *nada declarar verbalmente* ³⁸⁰.

Em terceiro lugar, o A. funda o seu entendimento no facto da LdC dirigir as suas proibições a empresas, que serão as únicas possíveis agentes dos ilícitos previstos e punidos por aquele diploma legal. Desta forma e estando as empresas sujeitas a um princípio de especialidade em matéria de direitos fundamentais ³⁸¹, o reconhecimento da titularidade de um direito ao silêncio mostrar-se-ia incompatível com o princípio da dignidade humana que

³⁷⁶ Mais uma vez se sublinha que as considerações do A. são tecidas ainda ao abrigo da anterior LdC. Todavia, neste ponto, não se verificaram alterações na nova LdC (Lei n.º 19/2012, de 8/05).

³⁷⁷ No mesmo sentido - «*O art. 61.º, n.º 1, al. c) [actual alínea d] do CPP não é aplicável aos processos contra-ordenacionais por violação das normas da concorrência, uma vez que a questão da obrigatoriedade da resposta aos pedidos da AdC vem exhaustivamente regulada no art. 17.º, n.º 1, als. a e b) da LdC [atual artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da atual LdC]. [...]» - resumo dos argumentos do Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de novembro de 2008, in RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-incriminação do Domínio da Concorrência...*, *Ibidem*.*

³⁷⁸ Neste sentido, remata logo de início - «*Parece-nos, pois, inequívoca a natureza completa do regime jurídico estabelecido pela LdC, não havendo lugar ao recurso ao direito subsidiário*», MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência...*, p. 168.

³⁷⁹ Debruçando-se igualmente sobre este problema, BOLINA, Helena Magalhães, *O Direito ao Silêncio e o Estatuto dos Supervisionados...*, *Ibidem*, pp. 384 e ss. Aliás, a A. faz dela depender a resposta à questão de saber se, no âmbito da regulação do mercado de valores mobiliários, valem o direito ao silêncio e à não autoincriminação. Não havendo lugar à aplicação automática do art. 41.º, 1, do RGCO, mas sim uma mobilização a título subsidiário, quando não haja *necessidade* desta mobilização, não valerão estes direitos de defesa. (*Idem*, pp. 383 e 384).

³⁸⁰ «*Em conformidade com esta disposição, o arguido em processo penal tem o direito de “não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. Ora a sua consagração a este nível está estreitamente ligada aos momentos dos interrogatórios do arguido e da audiência de discussão e julgamento, tratando-se, pois, de um direito fundado na tutela da dignidade da pessoa humano e restrito às afirmações verbais desta*», MOURA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência...*, p. 168.

³⁸¹ Sobre o princípio da especialidade, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *Ibidem*, p. 420.

constitui o substrato do direito ao silêncio garantido ao arguido ³⁸².

Por fim, a opção do legislador pelo recurso às contraordenações para sancionar os comportamentos anticoncorrenciais desvelará, no entendimento do A., a vontade de satisfazer os «[...] *imperativos de um direito sancionatório adequado às relações sociais e económicas sujeitas à supervisão do Estado. Como compatibilizar a existência de entidades de supervisão, dotadas de poderes conferidos por lei e no interesse público, com um qualquer direito de recusa à colaboração com as referidas autoridades?*» ^{383,384}.

Por seu turno, a jurisprudência comunitária tem-se inclinado favoravelmente a esta tese, sustentando que os elementos entregues pelas entidades supervisionadas e obrigadas por um dever legal de cooperação, em cumprimento desse mesmo dever, são admissíveis como prova ³⁸⁵.

Neste sentido, vai o entendimento mais conservador e minimalista do direito ao silêncio assumido no Ac. *Orkem c. Comissão* e pode ser assim resumido - «*A análise comparativa dos direitos nacionais não permite, assim, concluir pela existência desse princípio comum aos direitos dos Estados-membros em proveito das pessoas colectivas e no domínio das infracções de natureza económica, nomeadamente em matéria de direito da concorrência.*» ^{386,387}.

³⁸² «*Em segundo lugar, deve atender-se ao facto de os destinatários das proibições constantes dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da LdC serem empresas, isto é, em regra pessoas colectivas. Dificilmente se consegue entender a aplicação de uma norma que protege a dignidade da pessoa humana a pessoas colectivas, pelo menos não sem uma substancial compressão da protecção conferida face à natureza jurídica do sujeito processual em causa e ao princípio da especialidade a que se encontra sujeita a respectiva capacidade jurídica*», SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência...*, p. 168.

³⁸³ SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência...*, pp. 168 e 169. Em sentido concordante, ANTUNES, Luís Pais, *Direito da Concorrência...*, *Ibidem*, p. 121.

³⁸⁴ Num discurso próximo e a propósito da opção pela tipificação como contraordenação da intermediação não autorizada em mercado de valores mobiliários, Frederico da Costa PINTO rejeita que esteja em causa um menor desvalor, adiantando como explicações alternativas a eleição de um meio mais expedito e a evasão ao potencial de decisões contraditórias entre o regulador e os tribunais (*Crimes no sistema financeiro...*, *Ibidem*, p. 483.) Ora, em bom rigor, tal nota corresponderá a uma *admissão de culpa*, na medida em que expressamente assume uma *fuga para o direito contraordenacional*, ancorada numa sua compreensão como mundo de menores garantias, sob a fachada da “*expedição*”. O segundo argumento é algo mais ténue, face à sempre presente possibilidade de impugnação judicial...

³⁸⁵ Sublinhando que, no âmbito da jurisprudência comunitária, é pacífica a sobreposição do dever de cooperação ao direito ao silêncio e à não autoincriminação, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 423.

³⁸⁶ SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 89. No mesmo sentido, mais adiante, - «*31. O artigo 14.º do pacto internacional, que consagra, além da presunção de inocência, no seu n.º 3, alínea g), o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si próprio ou a confessar-se culpado, visa apenas as pessoas acusadas de uma infracção penal no âmbito de um processo judicial e é, assim, estranho ao domínio dos inquéritos em matéria de concorrência.*», SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência...*, p. 89.

³⁸⁷ Sobre a jurisprudência *Orkem* e, com particular interesse, a jurisprudência do TJUE pós-*Saunders*, ver ainda WILS, Wounter, *Self-incrimination in EC...*, *Ibidem*, p. 575.

Como chama a atenção MOURA E SILVA, a “*jurisprudência comunitária pós-Orkem*” pode ainda ser resumida pelo considerando 23 do Regulamento n.º 1 / 2003 - «*Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infração, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infração*»³⁸⁸.

Esta é assim uma tese que se agarra ao panorama mais clássico e tradicional condensado num processo antropocêntrico, na medida em que ignora os novos focos de emergência de problemas de compressão dos direitos de defesa, mormente no processo contraordenacional e o dever legal de cooperação³⁸⁹.

Ainda neste capítulo, tecer-se-ão as devidas considerações críticas sobre esta tese ora desenvolvida.

3. A tese da prevalência do *nemo tenetur* ante o dever legal de cooperação para efeitos sancionatórios³⁹⁰

A posição acima explanada não é unânime na doutrina. Assim e pelo contrário, há AA. que entendem que, perante um pedido de documentos e informações, os visados devem ser constituídos arguidos, podendo fazer-se valer do direito ao silêncio, como é o caso de Augusto Silva DIAS e Vânia Costa RAMOS³⁹¹, no âmbito das infrações fiscais.

Assim e já no plano do direito constituído, os AA. entendem que há soluções normativas consagradas que permitem ao visado escusar-se ao cumprir o dever legal de

³⁸⁸ SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 91 e MARTINHO, Helena Gaspar, *O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência...*, *Ibidem*, p. 1065.

³⁸⁹ Ao focar-se apenas e só no processo penal e na pessoa singular como abrangidos pelo direito à não autoincriminação, esta forma de analisar o problema peca por se limitar a servir de resposta ao tema clássico das declarações orais prestadas pela pessoa singular num processo penal e em alternativa as quais esta se pode livremente e sem restrições furtar, remetendo-se ao silêncio. Tendo apenas de responder com verdade às questões que lhe sejam colocadas sobre a sua identidade e sobre os seus antecedentes criminais.

³⁹⁰ Para o processo contraordenacional, cfr. Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

³⁹¹ Como dá conta CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM*, *Ibidem*, p. 266 - «*Para Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, o princípio nemo tenetur deve ser reconhecido aqui em toda a sua plenitude, abrangendo não só as declarações dos suspeitos, mas também as entregas de elementos por parte dos mesmos. Estes Autores adotam assim a “tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração”. Segundo os Autores, a CMVM deverá, ao pedir documentos ou informações aos suspeitos, comunicar-lhes que passam a ser arguidos, aplicando para tal o art. 58.º, n.º 1, alínea a) do CPP.*», pese embora a A. entenda que «*[...] semelhante solução não é de aceitar por várias razões.*» (*Ibidem*).

cooperação ³⁹². Tal solução resulta dos arts. 58.º, 1, al. a) e 59.º, 2, do CPP ³⁹³, aplicáveis também ao processo contraordenacional, no entendimento dos mesmos AA., por força do artigo 41.º, 1, do RGCO e do art. 32.º, 10, da CRP ³⁹⁴.

Desta forma, operando a constituição obrigatória de arguido por parte da autoridade que invoca o dever de cooperação ou a requerimento do próprio visado, sustentam os AA. que passa a ter de se lhe reconhecer, como parte do seu estatuto de arguido um direito ao silêncio que lhe vai permitir escusar-se legitimamente a aceder ao pedido da autoridade.

Também Paulo de Sousa MENDES, no domínio da concorrência, assume uma posição que se pode aqui enquadrar parcialmente ³⁹⁵. Com efeito, o A. defende que os visados pelo dever de cooperação e que sejam notificados pela AdC para colaborar, gozam de uma faculdade de não autoincriminação, excetuando-se “*as informações estritamente factuais que lhes forem pedidas e os documentos preexistentes referenciados pela AdC (“jurisprudência Orkem”)*” ³⁹⁶.

Assim, para o A., os visados ficam salvaguardados da prestação de confessar a prática das infrações, abarcando nessa confissão quaisquer meios de prova que sejam aptos à aceitação por parte dos visados de que cometeram aquela prática ³⁹⁷.

Em sentido convergente quanto ao resultado, mas divergente quanto à fundamentação, há AA. ³⁹⁸ para quem o dever de cooperação não se sobrepõe ao *nemo tenetur*, uma vez que não colidem. Desta forma, se a vigência e reconhecimento do direito à não autoincriminação se restringem ao âmbito sancionatório e o dever de cooperação só pode atuar fora de um processo e de finalidades sancionatórios, não há sobreposição conflitual entre ambos.

³⁹² Acompanhamos aqui de muito perto DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-Inculpação...*, *Ibidem*, pp. 55 e ss. e SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 162 e 163.

³⁹³ O primeiro consagra a obrigatoriedade de constituição de arguido, nomeadamente e para o que importará aqui, quando haja “*suspeita fundada da prática de crime*”, já o segundo permite a constituição de arguido a pedido da “*pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime*” quando “*estiverem a ser efetuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afetem*”.

³⁹⁴ Os AA. invocam ainda o art. 63.º, 4, da LGT

³⁹⁵ Particularmente e por referência ao art. 31.º, 5, da LdC, MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, p. 312.

³⁹⁶ MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, p. 312.

³⁹⁷ MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, p. 312.

³⁹⁸ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 190 e ss.

4. Apreciação crítica e tomada de posição

Cumpra agora, num momento desconstrutivo e crítico-reflexivo, olhar para as opiniões doutrinárias que acima se expuseram e opinar sobre as mesmas. Tal exercício não pode deixar de ser condicionado e marcado, logo à partida, pelas considerações que se teceram e posições que se assumiram a propósito do âmbito do *nemo tenetur* e da sua oponibilidade ao dever legal de cooperação, do reconhecimento do direito ao silêncio e à não autoincriminação aos entes coletivos e, bem assim, da vigência destes dois direitos fundamentais também em sede de processo contraordenacional.

4.1. Da desproporcionalidade da compressão total do *nemo tenetur*

O raciocínio que procura justificar a legítima restrição do direito fundamental ao silêncio e à não autoincriminação é, à primeira vista, de aplaudir. Com efeito, como se pôde referir no capítulo referente à conformidade constitucional do dever legal de cooperação, não há, na sua previsão, qualquer inconstitucionalidade, uma vez que o direito à não autoincriminação, não assentando, como se entende que não assenta, na dignidade da pessoa humana, não é absoluto. Também logo no primeiro capítulo, em ponto autónomo, se rejeitou um entendimento absolutizante do *nemo tenetur*.

Além disso, a sua restrição, desde que não se traduza numa completa compressão³⁹⁹, não será desproporcional. Todavia, para que esta compressão não seja completa, conforme já se teve oportunidade de referir, o dever legal de cooperação terá de restringir a plenitude dos seus efeitos operativos ao plano extra-sancionatório.

Ao invés, quando se reconheça que o dever legal de cooperação sobrevive ainda no processo sancionatório ou, no que se entende ser materialmente equivalente, que os elementos obtidos invocando aquele dever de cooperação podem fazer prova plena contra quem os forneceu, viola-se o requisito da proporcionalidade, uma vez que não há qualquer concordância prática⁴⁰⁰, mas sim o completo esmagamento do direito fundamental.

Em vez de restrição, que pressupõe a manutenção de um conteúdo essencial⁴⁰¹, existe

³⁹⁹ *Rectius*, uma aniquilação.

⁴⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *Ibidem*, p. 1171.

⁴⁰¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, *Ibidem*, pp. 282 e ss. Quanto ao que seja o *núcleo essencial* do direito à não autoincriminação - «*De acordo*

sim uma completa compressão, o que faz cair esta medida restritiva de direitos fundamentais no teste da proporcionalidade ⁴⁰².

Uma interpretação conforme à Constituição e complacente com uma concordância prática dos valores em causa terá, necessariamente, de pender neste sentido, afastando a vigência do dever de cooperação do âmbito sancionatório ⁴⁰³.

4.2. Da (in)completude de um regime setorial em matéria sancionatória, direitos fundamentais dos entes coletivos e estatuto do arguido no processo contraordenacional

O argumento da natureza *completa* do regime estabelecido pela LdC, especialmente em matéria sancionatória, não deve proceder pois nega e ignora a natureza universal que os direitos fundamentais apresentam.

Sem se querer levar a discussão para o plano da completude ou incompletude do regime sancionatório da concorrência, a verdade é que se torna evidente a conclusão de que também nele deverá valer a condição de arguido, com o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação. Os direitos fundamentais vinculam toda a Administração na sua atuação, pelo que qualquer regime setorial, mais ou menos completo, não terá o condão de afastar esta exigência.

Por outro lado, a circunstância da LdC dirigir as suas proibições, bem como as respetivas sanções pelo seu incumprimento, maioritariamente a pessoas coletivas, não parece, só por si, que seja razão para relaxar as exigências em matéria de direitos de defesa

com o TEDH, para verificar se o procedimento, como um todo, foi injusto ao ponto de extinguir o núcleo essencial do privilégio à não auto-incriminação, é necessário considerar: i) a natureza e o grau da coerção empregue; ii) a existência de garantias processuais no procedimento e o uso que delas é feito; e iii) a utilização feita do material probatório obtido (cf. o Acórdão proferido no caso Allan v. Reino Unido, de 05 de Novembro de 2002).», ANTUNES, Maria João / COSTA, Joana, *Comentário...*, *Ibidem*, p. 26 (n. r. 16).

⁴⁰² Sobre a proporcionalidade como critério aferidor da capacidade de determinada restrição atingir o conteúdo essencial do direito fundamental, em linha com as teorias relativas do conteúdo essencial e por oposição às teorias absolutas, manifestando-se defensor da maior proximidade das teorias absolutas com a letra do art. 18.º, 3, da CRP, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *Ibidem*, pp. 282 a 284.

⁴⁰³ Em sentido contrário, manifestando-se pela impossibilidade de alcançar um ponto ótimo neste confronto, SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova...*, *Ibidem*, pp. 765 e 766.

^{404,405}. Como já houve oportunidade de referir em capítulo anterior, os direitos fundamentais valem igualmente para as pessoas coletivas ⁴⁰⁶, havendo uma relação de pertinência entre os direitos concretamente em causa e a natureza própria da pessoa coletiva, bem como, note-se, essa valência será *adaptada* a essa mesma natureza ⁴⁰⁷.

Recorde-se ainda a posição que se teve oportunidade de defender quanto à fundamentação do direito à não autoincriminação – a sua fonte imediata e próxima não é o princípio da dignidade humana, mas sim o princípio da presunção de inocência, do qual o *nemo tenetur* constitui um reflexo estratégico-processual.

Assim, uma vez que o direito à não autoincriminação é um direito fundamental de defesa, não se compreende como não poderá valer para a pessoa coletiva, em confronto com o que Miguel Moura e SILVA parece, implicitamente, fazer valer como sua posição.

Por fim, o argumento, que se pode classificar de “*simplicidade formal do processo de contra-ordenação*” ⁴⁰⁸, que vai implícito no *juízo de adequação* que o A. elabora, também não deve proceder ⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Sobre o tema cfr. ainda, MAGALHÃES, Tiago Coelho de, *Nemo tenetur se ipsum accusare e o ente colectivo em processo penal*, dissertação de 2.º Ciclo de Estudos em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, TOMILLO, Manuel Gómez, *Derecho Administrativo Sancionador...*, *Ibidem*, pp. 321 e ss., BRITO, Teresa Quintela de, *Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos*, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, org. de PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa, ALMEIDA, Carlota, Coimbra: Livraria Almedina, 2014, pp. 131 a 182, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º 8, julho a setembro de 2009, pp. 13 a 47 (Sustentando, em suma - «Esta, na medida em que se apresenta indissoluvelmente ligada à garantia de um julgamento justo, aplica-se também às pessoas colectivas que sejam objecto de procedimentos sancionatórios»). Sobre o quadro sancionatório penal das pessoas coletivas, cfr. BRANDÃO, Nuno, *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas...*, *Ibidem*, pp. 41 a 54.

⁴⁰⁵ Pronunciando-se igualmente pelo reconhecimento do direito ao silêncio às pessoas coletivas – BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 408 e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, (Parecer), *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, *Ibidem*, p. 97. Todavia, no mesmo artigo mas mais adiante, a A., em linha com o TEDH, admite que - «Nos acórdãos do TEDH não se trata, assim, na generalidade dos casos apreciados, de elementos fornecidos por entidades supervisionadas, pelo que a jurisprudência do TEDH (que, ainda assim, admite que não viola o princípio da não auto-incriminação a obtenção de documentos) não pode ser transposta sem mais para o caso de entidades reguladas», BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 424. Todavia, no sentido criticado no texto e no domínio precisamente da concorrência, ANTUNES, Luís Pais, *Direito da Concorrência...*, *Ibidem*, p. 120.

⁴⁰⁶ Sentença do Tribunal da Pequena Instância Criminal, de 11.01.2008, no Processo n.º 4907/06.3TFLSB, p. 12.

⁴⁰⁷ A propósito e com o argumentário lá expendido, cfr. MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 25.

⁴⁰⁸ Expressão colhida em SANTOS, Vítor Sequinho dos, *O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória...*, *Ibidem*, p. 333 e ss., A. que dirige uma veemente crítica a esta forma de *minorizar* o processo contraordenacional.

⁴⁰⁹ Elaborando esta forma de simplificação do processo contraordenacional, em comparação com o processo penal - *Isto em consonância com uma alegada menor dignidade do ilícito contra-ordenacional relativamente ao ilícito penal: estando em causa simples contra-ordenações e a susceptibilidade de aplicação de meras*

Note-se que a valência da figura e do estatuto processual de arguido no processo contraordenacional é incontestada ⁴¹⁰. Há, sim, divergências quanto ao alcance, sentido e amplitude que deve ter no processo contraordenacional, por confronto com o processo penal. Numa visão minimalista, pode considerar-se que - «*Um arguido é uma pessoa formalmente constituída como sujeito processual e contra quem é dirigido um processo. Exactamente com essa amplitude, o conceito de arguido tem cabimento no âmbito do processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, tal como previsto na Lei da Concorrência*» ⁴¹¹.

Todavia, como já houve oportunidade de referir, entende-se que a visão acima transcrita peca por defeito, ao reconhecer apenas um estatuto *formal* ao arguido, desconsiderando toda a panóplia de direitos e garantias que necessariamente acompanham o estatuto processual de arguido.

A visão que se perfilha vai no sentido de reconhecer que a materialidade do estatuto do arguido pode valer de forma diluída no processo contraordenacional e nos processos contraordenacionais setoriais, como é o caso do estabelecido pela LdC.

Contudo, não pode haver uma diluição tal ao ponto de não se reconhecer já ali o estatuto de arguido ⁴¹², como será o caso se se admitir que se pode estabelecer um dever legal de cooperação que comprima completamente os direitos ao silêncio e à não autoincriminação ⁴¹³.

coimas e sanções acessórias não privativas da liberdade, e não a prática de crimes e a eventualidade da aplicação de penas, o processo de contra-ordenação obedeceria àqueles princípios de celeridade e simplicidade formal, princípios esses que deveriam ser considerados em sede de interpretação da lei.», SANTOS, Vítor Sequinho dos, *O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória...*, *Ibidem*, p. 334.

⁴¹⁰ O próprio RGCO fala de arguido, a propósito da aplicação da lei no tempo (art. 3.º, 2), da interrupção da prescrição (art. 28.º), da competência territorial (art. 35.º), da competência por conexão (art. 36.º), dos conflitos de competência (art. 37.º), da notificação das decisões (art. 47.º), dos direitos de audição e defesa (art. 50.º), do defensor (art. 53.º), do recurso das medidas das autoridades administrativas (art. 55.º), da decisão condenatória (art. 58.º), da forma e prazo do recurso (art. 59.º), da necessidade de consentimento para a decisão por despacho judicial (art. 64.º, 2), da necessidade de consentimento para a retirada da acusação (art. 65.º - A), da participação do arguido na audiência (art. 67.º), da ausência do arguido (art. 68.º), da proibição da *reformatio in pejus* (art. 72.º - A), das decisões judiciais que admitem recurso (art. 73.º), do regime do recurso (art. 74.º), da admissibilidade da revisão (arts. 80.º e 81.º), da caducidade da aplicação da coima por efeito de decisão no processo criminal (art. 82.º), do pagamento da coima (art. 88.º), da extinção e suspensão da execução (art. 90.º), da tramitação do processo (art. 91.º), da taxa de justiça (art. 93.º) e das custas (art. 94.º).

⁴¹¹ MENDES, Paulo de Sousa / SILVEIRO, Fernando Xarepe, *Algumas Questões...*, p. 432.

⁴¹² Sob pena desse estatuto se tornar numa mera forma, desprovida de conteúdo.

⁴¹³ No sentido que se perfilha no texto, isto é, de que não se coloca em causa a viabilidade do dever legal de cooperação, contudo não se admitindo que os elementos assim recolhidos sejam usados em processo sancionatório contra o visado, ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario...*, *Ibidem*, p. 23.

CAPÍTULO V

Propostas de Superação do Problema

1. No direito vigente – reforço das garantias dos visados e arguidos

O percurso até aqui empreendido permite concluir pela necessidade de reforçar as garantias dos arguidos e visados por processos sancionatórios em que o Estado se veja munido de um dever legal de cooperação, a cujo cumprimento os visados estejam coagidos pela ameaça de uma sanção em caso de incumprimento.

Esse reforço de garantias pode ser empreendido já à luz do direito vigente, para tanto exigindo-se que se cumpram as competentes regras de processo penal que reconhecem e concedem determinadas garantias e direitos de defesa a quem seja atingido por um processo sancionatório.

De igual forma, estas garantias resultam ainda de uma interpretação do dever legal de cooperação, enquanto medida restritiva de direitos fundamentais, em conformidade com a Constituição e de forma mais favorável aos direitos fundamentais, preservando assim o seu conteúdo essencial.

Assim e em primeiro lugar, chamar-se-á a atenção para a necessidade imperativa de, quer num processo contraordenacional, quer num processo penal, avisar o arguido dos seus direitos ao silêncio e à não autoincriminação quando, no caso concreto, já impendam sobre ele determinadas e fundadas suspeitas da prática de determinado ilícito ⁴¹⁴.

Quando a autoridade pública dirija ao visado determinados pedidos de elementos ou esclarecimentos, tendo já a suspeita e os indícios da prática de determinada infração, esses elementos ou esclarecimentos a ser fornecidos pelo visado terão, com demasiada frequência, conteúdo autoincriminatório.

Nesse caso, há uma forte possibilidade desses elementos valerem como prova determinante da culpa do visado. Aí, o dever legal de cooperação tornar-se-á uma compressão exagerada e inaceitável dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação do

⁴¹⁴ Sobre o tema, com suporte jurisprudencial no horizonte espanhol, referindo que o dever que recai sobre a Administração de avisar o imputado de que lhe assiste um direito a não declarar contra si mesmo faz parte do conteúdo fundamental deste direito, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, pp. 197 e 198.

visado.

Ainda na mesma linha de raciocínio e em segundo lugar, há que dizer que, perante as fundadas suspeitas, os pedidos a formular pela autoridade pública tornar-se-ão já em verdadeiras “*diligências, destinadas a comprovar a imputação*”⁴¹⁵ e invocar uma qualquer *colaboração* é admitir que se está a recorrer a um artifício para contornar a proibição de forçar o visado a produzir prova contra si próprio.

Desta forma e porque se preenchem já os requisitos para a constituição de arguido, conforme se verá imediatamente a seguir, não deve a autoridade pública, já munida das suas fortes suspeitas, furtar-se à constituição de arguido (contornando convenientemente o arsenal de direitos e garantias que ao arguido se devem reconhecer) para arditosamente retardar o momento até ao qual eventual e irrestritamente se poderá aceitar em toda a sua valência o dever legal de cooperação⁴¹⁶.

Para que estas exigências de informação prévia de que ao visado assiste o direito ao silêncio e à não autoincriminação e de constituição de arguido quando haja “*fundada suspeita de crime*”⁴¹⁷ não se tornem *letra morta*, a sua derrogação não poderá passar impune.

Consequentemente, quando estas imposições de direito vigente não sejam respeitadas, deve considerar-se que os elementos que sejam assim obtidos não poderão ser valorados como prova.

1.1. Constituição de arguido e informação prévia ao visado de que dispõe dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação

Tecendo considerações ao abrigo da anterior LdC – mas que se entende poderem estender-se à vigência da atual LdC, Paulo de SOUSA MENDES e Fernando XAREPE SILVEIRO defendem a possibilidade da condição de arguido – no contexto de um processo contraordenacional por infração das regras da concorrência – poder ser adquirida num momento anterior do procedimento (num momento anterior à da notificação na “nota de

⁴¹⁵ Para usar a expressão do art. 59.º, 2, do CPP. MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e imputado...*, *Ibidem*, pp. 129 a 140.

⁴¹⁶ Contudo, ainda aí, o visado poderá requerer a sua constituição de arguido, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 162 e 163.

⁴¹⁷ Para mobilizar a exata expressão do art. 59.º, 1, do CPP.

ilicitude”⁴¹⁸).

Para tanto, os AA. ancoram-se, principalmente, na admissibilidade das diligências de investigação que poderão anteceder a prolação da “nota de ilicitude”^{419,420}. Tal entendimento é de subscrever, na medida em que, se o visado vai ser sujeito a diligências de investigação que, necessariamente, contendem com os seus direitos fundamentais, terá de se guarnecer com a condição de arguido, bem como com os direitos e garantias que esse estatuto processual transporta. Questão diferente, mas já e oportunamente tratada, é a de saber concretamente quais os direitos e garantias de que se poderá socorrer e que poderá fazer valer neste âmbito contraordenacional.

Por seu turno, Helena Magalhães BOLINA enquadra o inquérito na conceção mais ampla de fase administrativa⁴²¹ para sustentar que - «*O RGIMOS contém poucas disposições especificamente dirigidas à tramitação desta fase do processo. Determina, no artigo 50.º a necessidade de audição do arguido, define no artigo 54.º as normas que atribuem às autoridades administrativas a competência para a instrução do processo e, finalmente, no artigo 58.º elenca o conteúdo mínimo obrigatório da decisão condenatória*»⁴²²

De uma forma ou de outra, parece resultar claro que o RGCO regula parcamente a tramitação do processo contraordenacional na fase que antecede a decisão final. Entende-se que tal é consequência do facto deste diploma, que remonta a 1982, ser produto de uma época em que o processo contraordenacional se destinava essencialmente a ilícitos instantâneos, a maioria dos quais em flagrante delito. Isso implicava a desnecessidade de um longo processado, desdobrado em várias fases⁴²³.

Diferente e atualmente, o processo contraordenacional contemporâneo aplica-se já a contraordenações extremamente complexas, não só objetivamente, isto é, quanto à estrutura

⁴¹⁸ Para considerações de precisão sobre o termo “nota de ilicitude” e os problemas que lhe vão associados, vide MENDES, Paulo de Sousa / SILVEIRO, Fernando Xarepe, *Algumas Questões...*, pp. 432 e ss.

⁴¹⁹ Assim, «*Segundo, um apontamento de natureza material, decorrente do anterior, que consiste em reconhecer que há diligências de investigação (anteriores à nota de ilicitude) nas quais nada impede que haja a constituição de arguido por ocasião dos pedidos de elementos ou de realização de diligências de apreensão.*», MENDES, Paulo de Sousa / SILVEIRO, Fernando Xarepe, *Algumas Questões...*, pp. 445 e 456.

⁴²⁰ Os mesmos AA. entendem que - «*Tão-pouco o RGCO, aplicável subsidiariamente, dá resposta à dívida sobre o que deve ser notificado, desde logo porque a figura do inquérito não está prevista no regime geral.*» MENDES, Paulo de Sousa / SILVEIRO, Fernando Xarepe, *Algumas Questões...*, p. 433.

⁴²¹ Expressão que se usa na consciência da discussão que o seu carácter administrativista gera em alguma doutrina. Por todos, ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, p. 128, n.r 195.

⁴²² BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, p. 394.

⁴²³ Neste sentido, «*O processo das contra-ordenações não conhece, contudo, ao nível da sua estrutura, a diferenciação entre impulso processual e decisão que caracteriza o processo penal, nem conhece a divisão entre fases preliminares e fases subsequentes que se verifica naquela forma de procedimento*», DANTAS, António Leones, *Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 297.

objetiva e subjetiva dos comportamentos que são tipificados, mas também no esforço de investigação que vai exigir ⁴²⁴. Em muitos casos, trata-se de comportamentos que se estendem ao longo do tempo, por vários anos, envolvendo múltiplos arguidos ⁴²⁵ e materializando-se em condutas altamente complexas.

Além do mais, a realidade própria dos processos contraordenacionais atuais manifesta-se e caracteriza-se pelo elevado montante das coimas previstas ^{426,427}. Inclusivamente, os elevados limites máximos das coimas potencialmente aplicadas levantam questões de monta e constituem um dos maiores argumentos de peso a favor da consagração e extensão de grandes cuidados e garantias para com os arguidos, em desfavor da menorização e desconsideração a que o processo contraordenacional é votado, como uma espécie menor do processo sancionatório ⁴²⁸.

Como se pode facilmente intuir, esta nova realidade não se compadece com um processo todo ele quase exclusivamente concentrado na decisão condenatória e que, como tal, não carecia de uma regulamentação muito densa na fase antecedente.

Independentemente destas considerações problemáticas quanto ao momento, é certo que a constituição de arguido pode sempre dar-se a requerimento do próprio, por força do art. 59.º, 2, do CPP ⁴²⁹, igualmente aplicável ao processo contraordenacional *ex vi* do art.

⁴²⁴ Assim, por um lado e realçando o conhecimento técnico acrescido que estas matérias vão exigir mas, por outro lado, evidenciado a maior morosidade do processo de investigação, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, pp. 399 e 400. Apesar de concordarmos com a realidade relatada pela A., não nos revemos na defesa do alargamento dos prazos de prescrição. O prazo de prescrição deve refletir o juízo comunitário sobre a gravidade dos ilícitos e não obedecer a imperativos de alargamento do espaço temporal de atuação da atividade repressora estatal.

⁴²⁵ Realçando esta mesma inadequação, superada aparentemente com a proliferação de regimes processuais próprios para cada setor regulado, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p.397.

⁴²⁶ Neste sentido, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 400. Note-se que estas considerações se dirigem às contraordenações no âmbito dos valores mobiliários, mas podem entender-se pertinentes igualmente a propósito das instituições de crédito e sociedades financeiras ou no âmbito concorrencial, onde a moldura da coima chega a ser fixada em função e razão do volume de faturação da empresa, com todos os problemas que isso acarreta em matéria de princípio da legalidade e princípio da proporcionalidade, como se pôde já acima referir.

⁴²⁷ Assim, igualmente, SANTOS, Vítor Sequinho dos, *O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória...*, *Ibidem*, p. 336 e 337 (n. r. 8).

⁴²⁸ Preconizando essa menorização, conforme *supra*, SILVA, Miguel Moura e, *O Direito da Concorrência*, *Ibidem*.

⁴²⁹ Norma essa que, sob a epígrafe – “*Outros casos de constituição de arguido*”, dispõe que «*A pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem.*»

41.º, 1, do RGCO ⁴³⁰, que elege como direito subsidiário as normas reguladoras do processo penal.

Com a constituição de arguido ⁴³¹, o sujeito passa a assumir os direitos e os deveres inerentes a essa condição e estatuto, deixando a condição de suspeito que, entre nós, não reveste grande densificação e concretude.

Uma vez assumido esse estatuto, o arguido passa a beneficiar de um inequívoco direito ao silêncio, que o deve desonerar do cumprimento do dever legal de cooperação ^{432,433}.

Esta será uma solução que pretende conciliar o direito ao silêncio, que deve assistir a todos aqueles que veem movidas contra si determinadas diligências, e o dever legal de cooperação que apenas valerá sem restrições no âmbito da tarefa e atividade de supervisão, mas que se entende que deve tombar perante o direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Com efeito, a própria letra do art. 59.º, 2, do CPP, se adequa a esta situação, ao estabelecer um direito do próprio à constituição de arguido, “*sempre que lhe estiverem a ser efetuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afetem*”. Assim, a constituição de arguido será uma faculdade de quem veja ser efetuadas contra si diligências tendentes à recolha de prova e que o afetem.

Neste ponto torna-se relevante mobilizar a posição de Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS ⁴³⁴, para quem - «[...] *a partir do momento em que surja a suspeita da comissão de uma infracção relativamente a um determinado agente e a AdC ou a CMVM lhe peça informações, documentos, etc., relacionados com a investigação em curso, devem*

⁴³⁰ Dispõe - «*Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.*». A discussão permanece no que concerne à mobilização desta norma quando se entenda que de um diploma particular resulte solução diversa.

⁴³¹ Para a problemática da constituição de arguido na confluência do processo de inspeção tributária e processo penal, cfr. GOMES, Nuno de Sá, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal...*, *Ibidem*, pp. 314 a 317.

⁴³² Ac. do TC n.º 340/2013, Processo n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO, que dispõe, muito claramente - «*Além disso, assistirá também ao contribuinte sujeito a fiscalização, o direito a requerer a sua constituição como arguido, sempre que estiverem a ser efetuadas diligências destinadas a comprovar a suspeita da prática de um crime, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o que permitirá que este passe a dispor dos direitos inerentes ao respetivo estatuto, designadamente o direito à não autoincriminação.*».

⁴³³ O art. 61.º, 1, al. d), do CPP, consagra expressamente, entre o elenco de direitos que assistem ao arguido, a faculdade de «*Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*».

⁴³⁴ DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Op. Cit.*, *Ibidem*, p. 76, bem como em DIAS, Augusto Silva, [...] e RAMOS, Vânia Costa, [...]. Em sintonia, no âmbito da concorrência e por apelo a uma “*constituição antecipada de visado*”, cfr. ALFAFAR, Diana, *O Dever de Colaboração e o Nemo Tenetur*, *Ibidem*, pp. 369 a 371. Para uma apreciação crítica desta posição, no entanto, em sentido divergente daquele que se assume, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, pp. 410 e ss.

comunicar-lhe, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 58.º do CPP que, a partir daquele momento, é constituído arguido num processo de natureza contra-ordenacional ou criminal, consoante o caso.».

Ora, sem rejeitar o substrato desta posição e que se prende com a salvaguarda dos direitos e garantias de defesa também no contexto do processo contraordenacional, a posição destes AA. merece reservas.

Desde logo porque esse pedido de informações ou documentos pode ainda enquadrar-se numa operação de supervisão, de carácter meramente aleatório ou rotineiro e sem carregar em si qualquer suspeita ⁴³⁵. Além disso, a cooperação do visado pode até ser de ordem a afastar a suspeita que até aí recaía sobre si, permitindo esclarecer toda a situação.

No mais, a posição do visado estará sempre salvaguardada por duas vias, que já acima se defendeu e fundamentou – a imprestabilidade dos elementos que para fundar a sua condenação e, ainda, a possibilidade de se constituir arguido a seu requerimento e beneficiar do direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Além, é mais avisado que a constituição de arguido, na hipótese do excerto citado, pode sempre surgir na sequência da recusa em entregar o documento ou prestar as informações requeridas por nelas descortinar o seu conteúdo e cariz autoincriminatório.

Na base desta posição que se perfilha está o entendimento de que o direito ao silêncio, na vertente em que do seu silêncio não pode resultar prejuízo para o arguido, deve ser vertido e assegurado na decisão final, seja da fase administrativa, seja da fase judicial.

Pelo contrário, exigindo-se à autoridade pública uma constituição de arguido demasiado precoce, estaria a cercear-se os poderes e o raio de ação do poder público em matéria de supervisão.

Desde que seja feito o aviso de que o visado dispõe dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação e a garantia de que aqueles elementos não serão usados em desfavor do visado em processo sancionatório ⁴³⁶ se façam prevalecer, não se afigura necessário obrigar a autoridade administrativa a proceder imediatamente à constituição de arguido, embora o

⁴³⁵ Todavia, mesmo que não se insira, não deixa o visado de ter direito ao silêncio e à não autoincriminação, uma vez que, tal como se entende, essas garantias valem mesmo fora de um processo objetiva e subjetivamente constituído, entendimento que não é subscrito pela CMVM, mas que já mereceu a oposição da jurisprudência em primeira instância, cfr. Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008, no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB, p. 14.

⁴³⁶ Neste sentido, deve ter as mesmas cautelas com os direitos dos visados, quer se trate de procedimento de supervisão, quer se trate de procedimento sancionatório, como se sustenta em SILVA, Maria de Fátima Reis, *O Direito à Não Auto-incriminação*, *Ibidem*, pp. 73 e 74.

visado possa requerer que lhe seja atribuída essa condição ⁴³⁷.

2. No direito a constituir – considerações de política legislativa

Em linha com o que acima se expôs em relação às tensões entre as finalidades conflituantes do processo penal, defender-se-á agora, pensando numa futura e oportuna revisão legislativa, duas alterações que tenham o condão de conferir maior certeza, segurança e tutela aos direitos dos visados por um processo sancionatório, ou seja, que penda mais para a finalidade de tutela dos direitos fundamentais ⁴³⁸.

Desde logo, é importante que a lei estabeleça muito claramente quando é que uma autoridade pública está no uso, desenvolvimento e expressão dos seus poderes de supervisão ou, por outro lado, quando esteja já a exercer competências sancionatórias.

Por referência à fase de supervisão não sancionatória e com uma restrição apenas a esse âmbito, poderá aceitar-se limitações – que, de facto, já existem – ao direito ao silêncio, em nome de uma maior eficácia da supervisão de determinados setores onde a complexidade, o volume e a extrema fluidez da informação em causa obrigam a que os próprios supervisionados sejam uma parte ativa, empenhada e interessada no bom funcionamento do setor ou mercado onde atuam.

Já quando se esteja no campo do processo sancionatório, a compressão que o direito ao silêncio e o *nemo tenetur* sofrem terá de ser necessariamente muito menor, em homenagem à tutela de direitos e garantias daquele que seja visado por esse processo sancionatório.

Contudo, esta separação processual que se sustenta não vai ao ponto de fazer vingar sem limites o *nemo tenetur*, imperando sem restrições ou limites no processo sancionatório.

Daí resulta a segunda alteração de pendor legislativo que se defende – a fixação do sentido e alcance com que os elementos de prova obtidos em derrogação do *nemo tenetur* e ao abrigo do dever legal de cooperação podem depois valer nesse processo sancionatório.

⁴³⁷ Neste ponto, é relevante olhar ao dispositivo do art. 31.º, 5, da LdC, que assume aqui uma separação de processos, com aproveitamento de prova, solução à qual nada se obsta, uma vez que os visados pelos deveres de cooperação podem, perante aquele aviso, escusar-se a colaborar para evitar a autoincriminação, solução expressamente admitida por MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, pp. 312 e 313. *Vide* ainda Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

⁴³⁸ Sublinhando esta mesma necessidade de mudanças, RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não autoincriminação no domínio da concorrência...*, *Ibidem*.

Cabem aqui as hipóteses em que o visado não requereu a constituição de arguido e tenha prestado a sua cooperação no âmbito da supervisão não sancionatória a que está sujeito.

Nesta segunda alteração, procurar-se-á uma solução que resulte do compromisso entre a perseguição e repressão de ilícitos e os direitos do arguido, encontrada entre os dois polos extremos da impunidade, por um lado, e da total supressão de direitos, por outro.

2.1.A separação expressa de processos e atividades – *aclarar as águas* entre a regulação / supervisão e a fase sancionatória

Conforme nos dá conta José Luís Saldanha SANCHES - «*Podemos ter vários tipos de regulação nos mercados financeiros: a auto regulação, com normas produzidas por corpos profissionais e associações públicas ou, em alternativa, a hetero-regulação, a pura norma pública que define as normas de conduta dos agentes interventores do mercado financeiro*»^{439,440}. É precisamente no âmbito do regime processual sancionatório associado à heterorregulação que se põem muitos dos problemas do presente estudo^{441,442}.

Assim, neste âmbito das atividades e setores regulados, é comumente realçada a função de proteção de bens jurídicos acometida à supervisão⁴⁴³ e regulação⁴⁴⁴, entre os quais se elenca a estabilidade e eficiência⁴⁴⁵ do sistema financeiro, a confiança dos agentes

⁴³⁹ SANCHES, José Luís Saldanha, *A Regulação...*, *Ibidem*, p. 8. Cfr. ainda GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, *Ibidem*, pp. 540 e 541 (sublinhando a «*acção de “alguém que está de fora”*») e TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, pp. 107 a 109.

⁴⁴⁰ Numa outra categorização da regulação, podemos ter um sistema disperso, em que se separa a supervisão financeira, da supervisão de mercado de capitais, bancária ou seguradora ou um sistema monista – MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, pp. 138 e 139.

⁴⁴¹ Sobre a função bem como os interesses servidos pelos mercados financeiros, *vide* MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, pp. 132 e 133. Encontrando no carácter reservado da atividade dos mercados financeiros a fundamentação do Direito Sancionatório, GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, p. 54.

⁴⁴² Entre nós e já no CdVM de 1999, vale um princípio de autorregulação moderado, assim e a propósito do CdVM de 1999, PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários*, *Ibidem*, p. 7.

⁴⁴³ Cfr. a chamada de atenção para a polissemia da *supervisão* na doutrina e também na jurisprudência, MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório*, *Ibidem*, p. 314.

⁴⁴⁴ MONTE, Mário Ferreira, *A regulação no contexto do Direito sancionatório. Em especial, os sectores...*, *Ibidem*, p. 243.

⁴⁴⁵ Neste sentido, SANCHES, José Luís Saldanha, *A Regulação: História Breve de um Conceito*, *Ibidem*, pp. 7 e 8).

económicos ⁴⁴⁶ em determinado mercado ou a idoneidade dos operadores ⁴⁴⁷. Já no campo tributário, a razão de ser da atuação da AT, bem como do estabelecimento de deveres de cooperação passará já pela necessidade do Estado se financiar, recolhendo os meios necessários ao seu financiamento ⁴⁴⁸.

Tal tutela é levada a cabo num contexto de interligação de processos ⁴⁴⁹, por ex., no âmbito do processo tributário ⁴⁵⁰, com todos os problemas que isso acarreta ao nível das garantias dos visados, bem como da (im)possibilidade de comunicação da prova entre uma

⁴⁴⁶ Assim, BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados...*, *Ibidem*, p. 405, remetendo igualmente para a tutela constitucional consagrada no artigo 81.º, alínea e) e no artigo 101.º da CRP. No mesmo sentido, SARAIVA, Rute, *Direito dos Mercados Financeiros*, *Ibidem*, p. 287, embora parecendo indiciar já querer referir-se a um bem jurídico, enquanto *ratio* da previsão e punição de determinados comportamentos. *Vide* ainda GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, p. 54 e, especialmente, p. 61. De uma perspetiva crítica perante a mobilização imediata do discurso da *confiança*, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Crimes no sistema financeiro...*, *Ibidem*, p. 482. Para um breve excuroso sobre a confiança dos consumidores, *vide* MORAIS, André / CORDEIRO, Francisca Robalo / GULPILHARES, Fábio, *Direito Penal Alimentar*, *Ibidem*, pp. 89 a 106.

⁴⁴⁷ CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM no Âmbito da Luta Contra a Criminalidade Financeira: Natureza Jurídica e a Aplicação do Princípio Nemo Tenetur*, *Ibidem*, p. 241, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa*, *Ibidem*, pp. 70 a 77 e, muito particularmente, GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, p. 61.

⁴⁴⁸ Ligando ao art. 101.º da CRP, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 125 e 126, concretizado ainda na p. 130 e reafirmado na p. 146 (onde se refere que o interesse público na contribuição para os gastos do Estado entrará em conflito com as garantias dos cidadãos-contribuintes). Apelando à mesma ideia para fundamentar as infrações fiscais, GERSÃO, Eliana, *Violação de Deveres Tributários...*, *Ibidem*, pp. 15 e 17. Mais recentemente, ANTUNES, Maria João, *Direito Penal Fiscal – Algumas questões...*, *Ibidem*, pp. 787 e ss., SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *Ibidem*, em particular sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes fiscais, pp. 241 s 288 e, de um ponto de vista histórico, *A infracção fiscal (e a sua natureza) no direito português: breve percurso histórico...*, *Ibidem*, pp. 999 a 1014 e ainda AMARAL, Diogo Freitas do, *O Poder Sancionatório da Administração Pública*, *Ibidem*, p. 222. Em particular também sobre a *legitimidade do discurso criminalizador*, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, pp. 50 e ss.

⁴⁴⁹ Sobre a relação entre a supervisão e a atividade sancionatória, com especial enfoque na jurisprudência sobre o tema, cfr. MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, pp. 309 e ss.

⁴⁵⁰ Com efeito, problema delimitado e sobre o qual se debruça, no âmbito tributário, o Ac. do TC n.º 340/2013, Processo n.º 817/12, Rel. Cons. João Cura MARIANO. Ainda neste âmbito tributário e falando, impressivamente, em “*promiscuidade*”, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 150. Contudo, a mesma expressão é utilizada numa perspetiva igualmente crítica mas a propósito da regulação dos mercados financeiros, por GAGEIRO, António, *Modelos de Direito numa perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, pp. 61 e 62 e ainda, acompanhada de exemplos de *confusão* entre as fases de supervisão e do sancionamento, em VEIGA, Raul Soares da, *Legalidade e oportunidade no Direito sancionatório das autoridades...*, *Ibidem*, pp. 147 e 148. Por seu turno, recorrendo à designação de “*circuito fechado*” para ilustrar esta cumulação de poderes, SILVA, Paula Costa e, *As autoridades independentes...*, *Ibidem*, pp. 556 e 557. Apresentando-se como crítico da substituição do atual modelo de concentração por um modelo de *jurisdicionalização* ou por outro de matriz autorregulatória anglo-saxónica, defendendo, ainda assim, uma clara distinção entre supervisão e processo de contraordenação, no quadro da governação interna das autoridades, CÂMARA, Paulo, *Regulação e Valores Mobiliários*, *Ibidem*, pp. 155 e 156. Numa perspetiva menos crítica e no domínio da concorrência, MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, pp. 310 e 311. Para um percurso histórico pelo percurso internacional e nacional da regulação do mercado de valores mobiliários, cfr. COSTA, José de Faria / RAMOS, Maria Elisabete, *O Crime de Abuso de...*, *Ibidem*, pp. 7 a 17.

fase de supervisão e o processo sancionatório ⁴⁵¹.

Logo à partida, o problema resultará da função essencialmente preventiva ⁴⁵², que caracteriza a supervisão ⁴⁵³, destinada a, mais do que reprimir, acautelar e evitar danos na estrutura setorial que determinada entidade tem a seu cargo ⁴⁵⁴.

Como tal e para tanto, podem ser-lhe reconhecidos determinados poderes e competências que se pautam, sobretudo, pela eficácia dos meios, que permitam prontamente ⁴⁵⁵ pôr termo a infrações ou esclarecer cabal e rapidamente as situações ⁴⁵⁶. Com isso se pretende evitar, em primeira linha, o alastrar do pânico e da desconfiança dos agentes económicos naquele mercado ⁴⁵⁷.

No entanto, esta é uma lógica – cuja bondade e necessidade não se contestam – mas que não se pode compatibilizar com a orientação e as preocupações de uma atividade investigatória e sancionatória ⁴⁵⁸, sem que com isso sejam postas em causa as garantias de defesa dos visados ⁴⁵⁹.

⁴⁵¹ Seja, logo à partida, a fase *administrativa* do processo contraordenacional, seja já um processo criminal.

⁴⁵² A propósito do processo de averiguações preliminares do CdVM - «*O processo das averiguações preliminares situa-se entre a prevenção e a supervisão levada a cabo por entidades administrativas e o início da investigação criminal, tendo origem na existência de um desfasamento entre as respostas existentes para atalhar a criminalidade tradicional e as necessárias para enfrentar a criminalidade económica e financeira coloca novos e complexos desafios.*», Ac. do TC n.º 360/2016, Proc. n.º 563/2015, Rel. Cons. Ana Maria Guerra MARTINS.

⁴⁵³ Por via de “*acções de inspecção e de fiscalização aos regulados*”, no exercício de “*poderes administrativos mais fortes e mais eficazes*”, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação, Ibidem*, pp. 563 e ss.

⁴⁵⁴ Bem como para a obtenção da notícia de factos que consubstanciem a prática de infrações. Como se pronunciou o TC, especificamente sobre o regime das averiguações preliminares do CdVM - «*De facto, a complexidade destas matérias requer conhecimentos técnicos especializados que as permitam compreender cabalmente, pelo que a medida em causa parece, aliás, afigurar-se como o meio mais apto para a prossecução do respetivo fim.*», Ac. do TC n.º 360/2016, Proc. n.º 563/2015, Rel. Cons. Ana Maria Guerra MARTINS.

⁴⁵⁵ Como refere Ana Pascoal CURADO, «*Subjacente ao regime das averiguações preliminares constante do CdVM e previsto nos artigos 383.º a 387.º do mesmo encontra-se a ideia de encontrar respostas rápidas e adequadas ao fenómeno criminal do white collar crime.*», in *As Averiguações Preliminares da CMVM, Ibidem*, p. 243.

⁴⁵⁶ Identificando-se uma coincidência de fundamentos que justificam a atividade de supervisão, bem como a fixação de um dever de cooperação, GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement...*, *Ibidem*, p. 61.

⁴⁵⁷ Pode falar-se assim de «[...] *um primeiro nível constituído pela atuação administrativa permanente de acompanhamento da atividade dos agentes e das operações no mercado; um segundo nível correspondente ao sancionamento imediato dos comportamentos ilegais, através da figura das contraordenações; [...]*», CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM, Ibidem*, p. 254.

⁴⁵⁸ Realçando as diferentes naturezas dos poderes de supervisão e em matéria contraordenacional da CMVM, vide a Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal, de 22.04.2010, no âmbito do Processo n.º 3501/06.3TFLSB, p. 9 - «*Porém, estes dois poderes, como vimos, têm naturezas bem distintas. Enquanto um tem natureza claramente administrativa, o outro, ao englobar a instrução dum processo de contra-ordenação e a aplicação duma coima, assume uma parte do poder jurisdicional, de administração da justiça, pelo menos em sentido impróprio.*».

⁴⁵⁹ GAGEIRO, António, *Modelos de Direito na perspectiva do enforcement, Ibidem*, pp. 62 a 64.

Enquanto a função de prevenção ou supervisão ⁴⁶⁰ atuará *ex ante* ou, quando muito, concomitantemente à ocorrência dos factos, a função de investigação e repressão entrará em cena *ex post*, constituindo uma atividade reconstrutiva e reconstitutiva dos factos, que se destine ao apuramento da verdade e posterior aplicação de sanções. Assim, ambas são cronologicamente díspares ⁴⁶¹.

Também a cadência de uma e de outra função diferem. Enquanto numa função de prevenção se exige rapidez de atuação, numa lógica cautelar, para que se leve a cabo uma rápida reposição do *status quo ante*, na função investigatório-repressiva, a cadência será muito mais lenta. Desde logo, porque exigirá e mobilizará uma cuidadosa ponderação entre o apuramento da verdade e a proteção dos direitos e garantias dos visados ⁴⁶².

Desta forma, por muito que se possa não exigir uma separação *institucional* das funções ⁴⁶³, torna-se essencial defender e sustentar uma rigorosa e efetiva separação *processual* ^{464,465,466}.

No entanto, essa separação processual deve ser levada a cabo com preocupações de separação intrainstitucional, não acometendo a instrução e julgamento do processo sancionatório aos mesmos funcionários que trataram da inspeção ou da supervisão ⁴⁶⁷.

⁴⁶⁰ Sobre a concreta natureza – penal ou administrativa – do processo de averiguações preliminares da CMVM, vide CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM*, *Ibidem*.

⁴⁶¹ Ou sucessivas, MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, p. 131. Sublinhando precisamente a diferença de lógicas subjacente à supervisão em confronto com a que preside à ação sancionatória (onde há já restrições de direitos), daí retirando um diferente espectro de poderes e competências, bem como ao nível do raio permitido de considerações de oportunidade, cfr. VEIGA, Raul Soares da, *Legalidade e oportunidade...*, *Ibidem*, pp. 146 a 148. De forma parcialmente diferente, entendendo que a atuação da AdC se caracterizará pelo aposteriorismo, em comparação, em comparação com a atuação *ex ante* das restantes entidades reguladoras, CALVETE, Victor, *As Semelhanças e as Diferenças...*, *Ibidem*, p. 95.

⁴⁶² Realçando isto mesmo, PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p. 17. Cfr. igualmente URBANO, Maria Benedita, *Globalização: os direitos fundamentais sob stress*, *Ibidem*, pp. 1039 e 1040.

⁴⁶³ Seja uma verdadeira separação, acometendo as diferentes funções a duas diferentes entidades, seja uma separação intraorgânica, atribuindo cada uma das funções a dois diferentes departamentos da mesma entidade.

⁴⁶⁴ «A separação efetiva dos processos, não só no plano substantivo, mas também no plano procedimental, é a solução que, em nosso entender, melhor compatibiliza a necessidade do cumprimento dos deveres de cooperação com a salvaguarda do nemo tenetur», DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 52.

⁴⁶⁵ «Daí que seja necessário estabelecer uma clara distinção entre os procedimentos normais de supervisão e os procedimentos sancionatórios, designadamente para que as entidades visadas não deixem de estar cientes das finalidades das diligências de recolha de informação, em ordem a não ficarem prejudicadas nos seus direitos de defesa.», MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, p. 139.

⁴⁶⁶ Embora até este ponto se tenha essencialmente propugnado a separação de processos no âmbito da regulação e supervisão, não se olvida também do âmbito tributário, onde uma proposta semelhante fora já apresentada por SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 161 e ss.

⁴⁶⁷ SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, pp. 161 e ss. Aqui e mormente, o problema colocar-se-á em relação à fase *administrativa* do processo contraordenacional.

Note-se que esta separação que se sustenta nunca poderia ser estanque, mas sim permeável a comunicações e transmissões. Com efeito, se no âmbito e por ocasião de um processo de inspeção, averiguação ou prevenção, surgirem indícios da prática de infrações, deve haver comunicação desses indícios à autoridade competente ou, quando essa tarefa caiba à mesma entidade, à abertura de um processo sancionatório.

Defende-se esta solução também para o caso em que esses indícios tenham sido obtidos em cumprimento de um dever de cooperação⁴⁶⁸. Os elementos assim obtidos devem servir para não só, por p. ex., regularizar a situação tributária⁴⁶⁹ ou permitir que as entidades supervisoras tomem medidas, de entre o seu leque de competências, para evitar a continuidade da situação⁴⁷⁰, mas também, caso haja indícios, prosseguir para ulteriores diligências de investigação.

Assim, se deles resultarem fortes indícios da prática de alguma infração, também não podem ser ignorados. Tal resultaria numa incompreensível ablação e num inaceitável espartilho à atuação do aparelho estatal⁴⁷¹.

Contudo, sublinha-se – nesse posterior⁴⁷² e conseqüente processo sancionatório, os direitos e garantias do arguido valerão com o alcance que lhes tem sido reconhecido neste percurso que se empreendeu⁴⁷³. Mas aí também poderá a entidade competente pela investigação recorrer a outros meios de obtenção de prova⁴⁷⁴.

⁴⁶⁸ Neste mesmo sentido e lapidarmente – vide a Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008, no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB, pp. 9 e 10. Note-se que, no âmbito do poder sancionatório da ERC, Miguel Prata ROQUE faz depender da finalidade da diligência a necessidade de prévia autorização ou ordem pela autoridade judiciária competente, nos termos do art. 174.º, 3, CPP, caso a ERC esteja a atuar na qualidade de órgão de polícia criminal, cfr. ROQUE, Miguel Prata, *Os poderes sancionatórios da ERC*, *Ibidem*, pp. 407 e 408.

⁴⁶⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 269/2003, de 27/05, rel. Cons. Benjamim RODRIGUES.

⁴⁷⁰ P. ex., no âmbito da concorrência, para a AdC tomar as medidas enquadráveis na faculdade que lhe assiste, nos termos do art. 56.º, 4, da LdC.

⁴⁷¹ No sentido de que não fica inviabilizada a possibilidade de se receber a notícia da prática de infração e, perante esta recorrer aos tradicionais meios de obtenção da prova, DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 54.

⁴⁷² Pese embora haja casos de *simultaneidade* de processos, isto é, mesmo após a deliberação de instauração de processo de contraordenação, requer-se a entrega de elementos ao abrigo de um dever de cooperação no processo de averiguações – é o que sucedeu no caso de que se ocupou a Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008, no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB.

⁴⁷³ Pelo contrário, num processo que não tenha cariz sancionatório e do qual não possa resultar a aplicação de uma sanção, naturalmente, o dever de cooperação poderá valer em toda a linha, sem qualquer ofensa para o *nemo tenetur*, SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem* p. 150, citando aí a jurisprudência constitucional espanhola.

⁴⁷⁴ Sobretudo e no que não é de somenos importância, com uma alteração legislativa que clarifique a expressa separação entre o processo de supervisão e o processo sancionatório, evitar-se-á a tentação de ludibriar o visado para que contribua para a sua autoincriminação, invocando normas e interpretando-as como se ainda se estivesse numa mera atividade de supervisão, mas quando, perante fortes suspeitas, já se está a proceder à recolha de prova determinante, Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008,

Numa opção mais lata, mas de alguma forma coincidente, Paulo de Sousa MENDES defende que «[...] o aproveitamento da informação e da documentação obtida no âmbito da supervisão é, por regra, viável não apenas como notícia da infração, mas até como meio de prova em processo sancionatório em curso ou a instaurar, mas só se as autoridades reguladoras tornarem manifesta essa possibilidade, não vá dar-se o caso de as entidades visadas tomarem erradamente por rotinas de supervisão aquelas diligências que, pelo contrário, são já de investigação com vista ao apuramento de responsabilidades, o que justificaria, portanto, outro cuidado nas respostas a dar (Sousa Mendes, 2012: 311 – 312).»⁴⁷⁵.

Se o primeiro ponto deste último excerto não suscita dúvidas, o segundo levanta questões às quais se prefere responder de forma cerce – os elementos obtidos ao abrigo de um dever legal de cooperação não valem irrestritamente como prova no processo sancionatório, propugnando-se assim a tese da incomunicabilidade.

Mais adiante, o mesmo A. e na mesma sede, invoca o direito à não autoincriminação de que gozam as entidades visadas por esta *supervisão inspetiva* para lhes reconhecer a faculdade de recusarem a entrega de documentos que não sejam preexistentes e de informação que não assumam um carácter puramente factual, em linha com a jurisprudência do TEDH⁴⁷⁶.

Assim, no entendimento que se defende, a comunicabilidade dos elementos deve abranger a transmissão da notícia do crime, bem como de todos os elementos recolhidos e que fundam a suspeita e os indícios da prática das infrações por aquele concreto suspeito.

No entanto, sublinha-se, apenas a notícia do crime e os elementos obtidos sem derrogação do direito à não autoincriminação⁴⁷⁷ devem ser completa e totalmente valorados no posterior processo sancionatório⁴⁷⁸.

no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB, p. 14. Neste caso, e de acordo com o entendimento do Tribunal, «[...] a arguida não só não sabia que estava a fornecer elementos para um processo contra-ordenacional em que era arguida, como foi levada a pensar que os estava a fornecer estritamente para o efeito da supervisão, o único para o qual, efectivamente, tinha esse dever.» (*ibidem*). Como se verá melhor *infra*, é por isto que se entende que a separação efectiva de processos é a melhor solução para acautelar os direitos dos visados arguidos.

⁴⁷⁵ MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal, Ibidem*, p. 140.

⁴⁷⁶ Falando na “criação de autênticas barreiras (firewalls) entre as duas funções”, MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal, Ibidem*, p. 139.

⁴⁷⁷ Obviamente e também, sem derrogação ilegal e inconstitucional de outras garantias de defesa, embora o presente estudo se debruce essencial e particularmente sobre o direito ao silêncio e o *nemo tenetur*.

⁴⁷⁸ Realçando esta mesma necessidade de diferença de tratamento entre o contexto regulatório e de supervisão e o contexto de um processo sancionatório, MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 34.

No âmbito do concurso entre o procedimento de inspeção tributária e o processo penal, Nuno de Sá GOMES ⁴⁷⁹ defende que, enquanto decorra a inspeção, tendente ao apuramento e regularização da situação tributária e no âmbito da qual o contribuinte vai ter de entregar elementos ao abrigo do dever de cooperação, não pode o MP, aproveitando paulatinamente esses elementos, ir abrindo inquérito e prosseguindo com a ação penal contra o contribuinte.

Como argumento a favor desta tese, o A. defende que não pode a Administração na inspeção procurar e incentivar o contribuinte a regularizar a situação e, concomitante mas antagonicamente, ir o MP investigando criminalmente o contribuinte, aproveitando-se dos elementos que este entregou à Administração Tributária ⁴⁸⁰.

Entende-se que este entendimento é correto e, no geral, se enquadra neste espírito de separação (lógica e cronológica) dos diferentes processos, que podem concorrer e em relação aos quais a diferença radical de racionalidades tem consequências ao nível das garantias a oferecer por um e por outro.

Mais, não se pode admitir que a recolha de elementos por via de diligências inspetivas contra o visado continue após o espoletar do competente processo sancionatório ⁴⁸¹.

Problema diferente e que cabe às entidades estatais resolver é o do melhor momento para a comunicação dos indícios e início das diligências probatórias ^{482,483,484}. Especialmente

⁴⁷⁹ GOMES, Nuno de Sá, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal...*, *Ibidem*, p. 317.

⁴⁸⁰ GOMES, Nuno de Sá, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal...*, *Ibidem*, p. 316.

⁴⁸¹ Situação que se torna, aliás, incompatível com o quadro de competências do processo penal, não se compreendendo que, estando o inquérito já na esfera e domínio do MP e sob a tutela jurisdicional do juiz de instrução, se possa aceitar a continuação de atividades inspetivas ulteriores sobre o sujeito da supervisão, recorrendo ao regime desta. Assim, é um problema que se colocará especialmente no processo contraordenacional.

⁴⁸² Realçando este ponto, MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal...*, *Ibidem*, p. 146. No âmbito da inspeção tributária, cfr. SÁ, Liliana da Silva, *O Dever de Cooperação versus...*, *Ibidem*, p. 149. Para uma breve descrição dos moldes em que se opera a *transição* do processo entre a autoridade administrativa e o titular da ação penal no horizonte britânico, cfr. GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, pp. 70 e 71.

⁴⁸³ Problema este que resulta das inevitáveis *articulação e harmonização* que têm de existir entre a autoridade administrativa e o MP - «*Por tudo isto, a atividade de supervisão preventiva (e a respetiva autoridade de supervisão, a CMVM) deve ser – e é – articulada e harmonizada com a investigação criminal de natureza repressiva (e os competentes órgãos de polícia criminal e autoridades judiciárias)*», Ac. do TC n.º 360/2016, Proc. n.º 563/2015, Rel. Cons. Ana Guerra MARTINS. Também sobre a problemática da compatibilização entre os poderes de supervisão e a investigação criminal, cfr. SANTIAGO, Bruno Vinha, *O regime das averiguações preliminares...*, *Ibidem*, pp. 607 e ss.

⁴⁸⁴ Todavia, há sistemas em que tal comunicação não é necessária, fruto dos *poderes penais* que foram atribuídos à entidade reguladora, como dá nota MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, pp. 142 a 145. Nota interessante para a justificação da obrigatoriedade da FCA não usar em processo penal as provas que foram obtidas ao abrigo das competências de supervisão ‘*«É, pois, uma espécie de imunidade penal concedida pelo regulador defronte do cumprimento total e efetivo dos deveres de colaboração por parte dos visados (Sousa Mendes, 2009: 335-336).*»

quando tal implique a transferência de competências para o MP, pode perder-se a especialidade e o *know how* que a autoridade administrativa possui ⁴⁸⁵. No entanto e como começou por se realçar, esse é um problema de estratégia processual que caberá à investigação, casuisticamente, ponderar e decidir ⁴⁸⁶.

No final, sob pena de vício da decisão condenatória, a mesma não poderia ancorar-se exclusiva ou maioritariamente nos elementos de prova obtidos ao abrigo do dever de cooperação. Para mais eficaz tutela do *nemo tenetur*, bem como para que se alcançasse uma exigível clareza e estabilidade legais, tal deveria figurar entre o elenco das causas de vício da decisão ⁴⁸⁷, desta forma contornando e evitando as querelas doutrinárias e jurisprudenciais em redor das consequências de utilização destes elementos ⁴⁸⁸.

Como se viu, na *fase preliminar* poderão manter-se aspetos próprios de regime, abertamente desfavoráveis à posição do visado, mas justificáveis, quer por razões de eficácia da investigação, protegida pelo segredo em que operará, quer até por proteção do visado

⁴⁸⁵ CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM...*, *Ibidem*, p. 240. Sublinhando igualmente este ponto e com ele justificando o crescente acometer de funções repressivas ao Direito Administrativo, em sede regulatória, ROQUE, Miguel Prata, *O Direito Sancionatório Público...*, *Ibidem*, p. 110. TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, p. 112, referindo o novel apelo à “*cidadania corporativa*”. Cfr. igualmente PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-ordenações...*, *Ibidem*, p. 93. Para uma perspetiva crítica sobre a corrente que tem vê a partir deste fundamento a decorrência de uma *legitimidade tecnocrática* a apelar a um menor controlo jurisdicional, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, *Ibidem*, p. 569.

⁴⁸⁶ Para uma análise de direito comparado das relações entre a autoridade administrativa e o órgão responsável pela ação penal, vide, CURADO, Ana Pascoal, *As Averiguações Preliminares da CMVM*, *Ibidem*, pp. 244 e ss.

⁴⁸⁷ Solução preconizada por Augusto Silva DIAS e Vânia Costa RAMOS acrescentando que se trata de uma regra próxima da estabelecida pelo artigo 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, de 14 de julho (Proteção das testemunhas no Processo Penal), *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare)...*, *Idem*, p. 54. Numa situação análoga, mas no âmbito da concorrência e numa situação em que estejam em causa exclusivamente elementos de prova confidenciais por constituírem segredo de negócio a solução que tenha como consequência *deixar cair* a investigação em favor dos direitos do arguido, merece a discordância de LOPES, Patrícia, *Segredos de Negócio vs. Defesa do Arguido*, *Ibidem*, p. 95.

⁴⁸⁸ Pese embora, nesta matéria, se subscreva que «*Destarte, sempre que os direitos e garantias mencionados sejam flanqueados pelas autoridades fiscalizadoras, tentadas por vezes a servir-se da observância coactiva dos deveres de cooperação para subverterem as regras do ónus da prova, o visado deve poder encontrar refúgio no nemo tenetur.*», DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Idem*, p. 58 e 59. Mesmo um A. que recusa a aplicação do *nemo tenetur* ao domínio da concorrência, aceita, na linha do Ac. *Orkem*, que quando das perguntas dirigidas ao abrigo do dever de cooperação visem apurar a própria prática das infrações, se está a inverter inaceitavelmente o ónus da prova que cabia à Comissão, ANTUNES, Luís Pais, *Direito da Concorrência...*, *Ibidem*, p. 129.

Contudo, esta particularidade que constitui, por exemplo, a rejeição da possibilidade de contraditório abre a possibilidade de que os elementos que o visado entregou, ao abrigo do dever de cooperação a que está adstrito, sejam tidos em consideração como elementos de prova, sem que sobre eles tenha tido sequer a possibilidade de se pronunciar, o que será inaceitável do ponto de vista do seu direito ao contraditório.

Parece ser esta ideia de uma impossibilidade do contraditório numa fase prévia, associada ao relaxamento das garantias e direitos de defesa, que perpassou no Ac. *Orkem c. Comissão*.

Note-se ainda que esta ideia parece ser tributária de uma tese de separação de processos e assim se afirma que - «*A regulamentação necessária para a aplicação dos artigos [81.º e 82.º] posta em vigor pelo Conselho, comporta dois processos sucessivos, mas claramente distintos: um primeiro processo de inquérito prévio e um segundo processo, de natureza contraditória, iniciado pela comunicação das acusações*»⁴⁹².

Um entendimento desta ordem parece significar e preconizar um modelo de *confronto*, uma vez que a intervenção do arguido é reservada exclusivamente para um “segundo processo”, posterior às acusações e das quais, presumivelmente, o arguido se vai defender, como tal, em confronto com a posição do acusador⁴⁹³.

Bem assim, não se partilha da opinião daqueles que minorizam ou relativizam algumas aporias da fase administrativa do processo contraordenacional, bem como da fase (pré-sancionatória) de supervisão, argumentando com a possibilidade de, posteriormente, esses mesmos vícios poderem ser impugnados na fase judicial⁴⁹⁴.

A verdade é que a conformação do objeto do processo e a própria viabilidade do

⁴⁸⁹ Contudo, ressalva-se, isto apenas neste esquema defendido e sustentado de separação de processos. Apontando, precisamente, as aporias que assistem a uma visão de uma fase preliminar sem garantias e cuja prova assim recolhida pode ter préstimo e validade na fase de julgamento – vide a Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008, no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB, p. 12.

⁴⁹⁰ Chamando a atenção para outro aspeto pragmático-processual, que constitui uma aporia da confusão atualmente existente entre os dois processos, vide Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal, de 22.04.2010, no âmbito do Processo n.º 3501/06.3TFLSB, p. 10 – «*A confusão entre estes dois poderes não é saudável para o sistema, por isso a linha divisória deveria ser claramente demarcada.*» e, ainda, repugnando essa mesma sobreposição, Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. N.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

⁴⁹¹ «*As investigações de delitos têm sempre uma fase preliminar em que não pode haver ainda processamento contraditório.*», VELOSO, José António, *Boas intenções, maus resultados...*, *Ibidem*, pp. 83 e 84.

⁴⁹² SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência...*, p. 87.

⁴⁹³ Para uma distinção e conhecimento do que está em causa e separa o *modelo processual de cooperação* e o *modelo processual de confronto*, vide, ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro...*, pp. 156 e ss.

⁴⁹⁴ Realçando isto mesmo e falando em “*fraca consolação para o administrado*”, a propósito do recurso, SILVA, Paula Costa e, *As autoridades independentes...*, *Ibidem*, p. 558.

mesmo desenrolam-se precisamente nessas fases pré-judiciais. Desta forma, se o processo se basear exclusivamente em elementos probatórios que foram obtidos através do dever de cooperação a que os visados estavam sujeitos, não há a mínima margem para que, em sede de julgamento se possa obter uma condenação ⁴⁹⁵.

Perante uma situação deste género, em que toda a prova obtida afronta os direitos fundamentais do arguido, é inevitável perguntar-se – porquê obrigar o arguido a recorrer à eventual via de impugnação judicial, quando a própria condenação na fase administrativa não tem fundamento nem sustento? ⁴⁹⁶

Em oposição à tese defendida e a uma delimitação clara da natureza, em concreto, dos poderes da AdC, tem sido convocada a “*vocação genérica do conceito de supervisão*” ⁴⁹⁷. Além do mais, numa alteração legislativa que se censura, a norma da LdC referente à prestação de informações ⁴⁹⁸ deixou de fazer menção expressa ao âmbito de “*exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe são atribuídos por lei*” ⁴⁹⁹.

Contudo, para que o dever legal de cooperação não suprima irremediavelmente o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação, deverá pressupor, ínsito na sua definição, uma limitação inerente, fruto do seu carácter de medida restritiva. Essa limitação inerente deverá ser a circunscrição a um âmbito próprio, que deve constar da sua consagração legal e obstar à sua invocação para outros fins.

Com efeito, é no âmbito sancionatório que a imposição do dever legal de cooperação se fará sentir com muito maior intensidade, uma vez que aí que se levantarão os problemas relacionados com a compressão e o sacrifício dos direitos do visado – mormente, o direito

⁴⁹⁵ Daí que se rejeite o entendimento de que a fase de impugnação judicial afasta o timbre inquisitório ao processo contraordenacional, como é sustentado em PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Garantias e Evolução...*, *Ibidem*, p. 254. Entende-se, sim, que se consagra um sistema inquisitório atenuado pela consagração de garantias e pela possibilidade de aposteriorístico controlo judicial e não um modelo de “*concentração legal de competências*”.

⁴⁹⁶ Neste sentido, SANTOS, Vítor Sequinho dos, *O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória...*, *Ibidem*, p. 350. Sobre as especificidades do recurso jurisdicional no processo contraordenacional, cfr. DANTAS, António Leones, *Os Recursos Jurisdicionais no Processo das Contraordenações*, *Ibidem*, pp. 181 a 202.

⁴⁹⁷ Assim, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários*, *Ibidem*, p. 10, a propósito e no âmbito do CdVM de 1999 - «*A vocação genérica do conceito de supervisão manifesta-se em alguns aspectos de regime, como por exemplo no facto de algumas regras gerais valerem para qualquer modalidade ou forma de supervisão. Possuem esta vocação genérica regras como o dever de colaboração (art. 359.º, n.º 3) [...]*».

⁴⁹⁸ Na Lei n.º 18/2003, era o art. 18.º, atualmente, na LdC em vigor é o art. 15.º

⁴⁹⁹ AA. VV., *Lei da Concorrência Anotada*, *Ibidem*, p. 166.

ao silêncio e à não autoincriminação ^{500,501}.

Como tal, é precisamente nesse âmbito que terá de existir e ser maior o esforço de compatibilização e concordância prática, restringindo-se assim e fundadamente o raio de atuação do dever legal de cooperação ⁵⁰².

Neste sentido, mobiliza-se a doutrina *Abas vs. Netherlands*, segundo a qual vai depender da concreta natureza do procedimento no qual se requer os documentos com um conteúdo provavelmente adverso para o visado.

Daí resulta que só num procedimento sancionatório é que se poderá legitimamente invocar a garantia do *nemo tenetur* para obstar à exigida entrega dos elementos ⁵⁰³. Desta forma, a separação processual que acima se explanou terá uma enorme refração prática e material, na medida em que as garantias num e noutra processo serão, fruto da natureza de cada um, diferentes e inversas à amplitude de poderes por parte da autoridade pública ⁵⁰⁴.

A concluir, é premente que numa reforma do processo contraordenacional se preveja uma separação *processual* entre uma fase prévia de supervisão meramente preventiva ou de averiguações e uma fase posterior, já de cariz sancionatório ⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Desta forma, não se pode aceitar o entendimento perfilhado pelo Ac. do TC n.º 340/2013, rel. Cons. João Cura MARIANO, de que estando em causa outra sede que não o procedimento criminal e a entrega de documentos para outros fins, não há nenhuma margem de autodeterminação processual do arguido, nem nenhum obstáculo à valoração dos documentos. Em anotação crítica, ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário...*, *Ibidem*.

⁵⁰¹ Pese embora também a atividade de supervisão possa ser uma “*supervisão intrusiva, que pode implicar inspeções ou auditorias às empresas realizadas in situ, de mais a mais garantidas por deveres de colaboração das visadas, sob cominação de sanções por desobediência.*», MENDES, Paulo de Sousa, *A Regulação Financeira, o Direito Penal e o Processo Penal*, *Ibidem*, p. 139.

⁵⁰² Contra esta distinção de raios de atuação, falando numa “*lógica de continuidade de actuação*”, cfr. Ac. do TC n.º 461/2011, rel. Cons. Catarina Sarmiento e CASTRO.

⁵⁰³ «*No caso Abas v. Netherlands, o TEDH colocou o acento tónico na natureza do procedimento em que os documentos potencialmente incriminatórios são solicitados, considerando que quando se trata apenas de procedimentos normais (v. g. tributários) de verificação da observância das normas legais pertinentes por parte do investigado – ainda que com sanções pela falta de cooperação – sem qualquer intenção de responsabilização ou sanção, não há que aplicar as garantias do artigo 6º da CEDH. Diferentemente, sempre que se esteja perante um procedimento preponderantemente sancionatório, na sequência de notificação de uma infracção, deve aplicar-se as garantias do artigo 6º da CEDH.*», MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Não Auto-incriminação e...*, *Ibidem*, p. 34. Referindo a aplicação do art. 6.º da CEDH aos processos sancionatórios não criminais, GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement*, *Ibidem*, p. 55.

⁵⁰⁴ Não se esqueça, contudo, que o entendimento aqui perfilhado vai no sentido de uma interpretação abrangente do que seja um processo sancionatório, abarcando quaisquer diligências com possíveis refrações na aplicação de uma sanção ao visado e não apenas o processo sancionatório em sentido *objetivo* – um processo formalmente instaurado – e em sentido *subjetivo* – com a constituição de arguido. Sublinhando isto mesmo, na medida em que os elementos adquiridos na fase *administrativa* do processo contraordenacional podem ainda ser valorados na eventual fase judicial em sede de recurso, Ac. do TRL de 17/04/2012, Proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

⁵⁰⁵ Sustentando essa separação, mas colocando a tónica entre o antes e o depois da acusação, cfr. BRANDÃO, Nuno, *Sistema Contra-Ordenacional a Diferentes Velocidades...*, *Ibidem*, pp. 285 e 286.

2.2. Definição clara do sentido e alcance do *nemo tenetur* – da comunicabilidade ao processo sancionatório dos elementos anteriormente recolhidos e em que termos

Apesar do que acima se referiu a propósito da possibilidade do visado se constituir arguido e assim se escusar legitimamente a entregar elementos autoincriminatórios ao abrigo de um dever legal de cooperação, entende-se que é preciso encontrar resposta para aqueles casos em que teve lugar a entrega desses elementos ou a prestação dos esclarecimentos exigidos, em cumprimento de um dever legal de cooperação ⁵⁰⁶.

No campo da supervisão, que será o da mera regularização da situação ⁵⁰⁷, admite-se que esses elementos valham na sua plenitude, permitindo à autoridade pública fundamentar e tomar as medidas necessárias para a correção da situação e estabilização do sistema ⁵⁰⁸.

Assim, o campo da supervisão, na sua lógica cautelar e de atuação imediata, é o único em que se aceita a valência do dever legal de cooperação com uma abrangência geral e irrestrita. Nesse campo, que não revestirá nem poderá revestir cariz sancionatório, aceita-se que este instrumento potenciador da eficácia da supervisão se imponha e sobreponha ao direito ao silêncio dos visados.

No entanto, torna-se premente considerar as consequências a tirar naquela hipótese de resultarem provas substanciais ou até meros indícios da prática das infrações dos elementos obtidos ou esclarecimentos.

Aqui, uma vez mais, a solução há de ser encontrada no compromisso entre o interesse da investigação e a tutela dos direitos dos particulares.

Desta forma, sustenta-se que os elementos assim obtidos encontrarão limites à sua valoração para efeitos de condenação do arguido. Quanto aos limites, entende-se que estes elementos não podem, só por si e exclusivamente, fundar a condenação do arguido ⁵⁰⁹. Como

⁵⁰⁶ Colocando-se, assim e porventura, um problema de comunicabilidade dos elementos. Cfr., nomeadamente, TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas...*, *Ibidem*, pp. 129 e 130. Cfr. igualmente, VEIGA, Raul Soares da, *Legalidade e oportunidade no Direito Sancionatório das autoridades...*, *Ibidem*, pp. 147 e 148.

⁵⁰⁷ Sublinhando precisamente este ponto, MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório*, *Ibidem*, p. 313.

⁵⁰⁸ Ou, de forma mais lata, a tomar quaisquer medidas cautelares. No âmbito do direito ambiental, cfr. DANTAS, A. Leones, *O Processo das Contra-Ordenações na Lei n.º 50/2006*, *Ibidem*, pp. 774 a 780. Para a problemática das *providências urgentes* em confronto com uma *destipicização do atos administrativos*, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, *Ibidem*, pp. 558 e, particularmente, 559 e 560.

⁵⁰⁹ Para uma conclusão semelhante, no âmbito do silêncio perante as perguntas dirigidas, o TEDH pronunciou-se no Ac. *John Murray*, BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos...*, *Ibidem*, p. 177.

bem ilustram Augusto Silva DIAS e Vânia Costa RAMOS, já existe uma solução análoga para o regime da proteção de testemunhas, quanto às “*testemunhas anónimas*”.

No entanto, entende-se que, mesmo através de uma intermediação analógica, esta solução não é aplicável ao caso vertido no presente estudo. O caso-norma e o caso-problema não manifestam a identidade analógica suficiente para isso ⁵¹⁰. Contudo, vale como um rumo de alteração legislativa para o futuro, permitindo aproveitar ainda os elementos obtidos ao abrigo do dever de cooperação, sem que se suprima totalmente o *nemo tenetur*.

Com efeito, só assim se conseguirá criar efetiva motivação e necessidade na investigação para que desenvolva as ulteriores diligências de prova ⁵¹¹, não se limitando a invocar o dever de cooperação, receber os elementos e esclarecimentos dos visados e fazer exclusivamente com eles a prova, conseguindo depois a condenação ⁵¹².

Mais, entende-se ainda que o valor a dar aos elementos obtidos em derrogação do direito ao silêncio e do *nemo tenetur* não pode passar do nível do indício ⁵¹³. Uma vez mais, apela-se ao necessário compromisso entre o interesse da investigação e os direitos do cidadão.

Seria uma promoção da impunidade sustentar que se ignorasse completamente estes elementos para efeitos sancionatórios ⁵¹⁴, todavia, seria igualmente uma grande compressão das garantias de defesa que esses elementos, viciados na sua obtenção, pudessem ser valorados como qualquer outro.

Note-se que esta posição que se sustenta aponta para a fixação do valor a dar a determinados elementos de prova, constituindo assim uma proposta de orientação para o julgador dentro da sua livre apreciação da prova que vinga no processo penal português ⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Sobre a racionalidade analógica, vide BRONZE, Fernando José, *O problema da analogia iuris*, *Ibidem*, pp. 267 e ss.

⁵¹¹ Por referência ao art. 59.º, 2, do CPP e explanando um entendimento lato do que se possa entender por “*diligências*”, afirmando, no que se concorda, que estas pressupõem uma “*base indiciária sólida*”, MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e Imputado...*, *Ibidem*, pp. 136 a 140.

⁵¹² Sem apelar à aplicação analógica da solução da Lei de Proteção das Testemunhas, embora sublinhando que os elementos recolhidos na fase de supervisão não podem ser de tal molde a, exclusivamente, fundar a condenação do visado e defendendo a necessidade da AdC ir mais além e fazer uso dos seus poderes de instrução, vide ALFAFAR, Diana, *O Dever de Colaboração e o Nemo Tenetur*, *Ibidem*, p. 371.

⁵¹³ Assumindo uma posição mais radical e defendendo que o seu valor é “*inexistente*”, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 201. Todavia, para a A., já não será assim caso a colaboração prestada tenha sido voluntária.

⁵¹⁴ MENDES, Paulo de Sousa, *Ações de Supervisão e Processo Sancionatório...*, *Ibidem*, p. 313 e SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 228.

⁵¹⁵ Cfr. o art. 127.º do CPP que, sob a esclarecedora epígrafe de “*Livre apreciação da prova*” dispõe que - «*Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.*». Sobre o sistema de prova livre, cfr. NEVES, Rosa Vieira, *A Livre*

Representaria um enorme acréscimo para a certeza e segurança jurídicas, bem como um reforço das garantias dos arguidos, pelo que seriam alterações de louvar.

Em suma, o sentido, alcance e limite dos elementos de prova obtidos em derrogação do *nemo tenetur* e ao abrigo do dever legal de cooperação devem ser apenas os de notícia da infração e de indício, mas nunca de fundamento exclusivo à condenação do arguido, quer no processo penal, quer no processo contraordenacional.

Pelo contrário, o seu alcance nunca poderá ser pleno – tais elementos obtidos antes da instauração de um processo sancionatório devem ter tão só um duplo valor indiciário ⁵¹⁶ – a montante, enquanto forte suspeita que vai justificar a abertura do processo sancionatório, com as consequentes e ulteriores diligências de prova e, a jusante, como prova indiciária da prática de uma infração pelo arguido, sem que tal seja, contudo, suficiente para por si só fundar uma condenação ⁵¹⁷.

Esta é uma solução que se reputa de compromisso entre os dois polos do interesse público numa investigação eficaz e do direito do arguido a não produzir prova contra si mesmo.

Apreciação da Prova..., *Ibidem*, pp. 56 a 58 e RUÇO, Alberto Augusto Vicente, *Prova e Formação...*, *Ibidem*, pp. 30 a 37.

⁵¹⁶ É esse valor indiciário que se reconhece e não se enjeita. Em hipótese semelhante – em que está em causa a nulidade da prova obtida em violação da intimidade da vida privada – Maria Fernanda PALMA sustenta uma posição à qual se adere - «*No caso dos diários íntimos que o Tribunal Constitucional alemão analisou, as confissões num diário pelo agente da vontade de matar naquele dia uma pessoa, não sendo validamente valoráveis como prova, para sustentar uma acusação de homicídio, não deixariam de poder justificar, no caso de terem sido obtidas fortuitamente, um impulso de investigação relativamente àquela pessoa, construindo uma hipótese investigatória.*» No entanto, a A. não deixa de sublinhar a indispensabilidade do carácter fortuito da aquisição, PALMA, Maria Fernanda, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, *Ibidem*, p 15.

⁵¹⁷ Sobre a noção de indício, cfr. RUÇO, Alberto Augusto Vicente, *Prova Indiciária...*, *Ibidem*, pp. 17 a 21 e 117 a 122.

Notas Conclusivas

Todo o percurso empreendido no presente estudo culminará nas conclusões que agora se procurará tecer. A sua fundamentação resulta dos desenvolvimentos anteriormente tecidos e que, arrumados e separados nos respectivos capítulos se tornam passíveis de alguma segmentação e falta de intercorrespondência, pelo que urgirá agora coligi-los e ligá-los.

- A. Em primeiro lugar, o exercício levado a cabo no Capítulo I, recorde-se – um exercício de arrumação e caracterização do *nemo tenetur*, quer por referência a direitos de defesa próximos e tangenciais ⁵¹⁸, quer o seu estudo por referência a duas áreas problemáticas específicas - permitiu chegar a algumas conclusões com importantes consequências no contexto do restante estudo.
- B. Salienta-se assim o carácter restrito do *nemo tenetur* ao âmbito sancionatório. Com efeito, carece de sentido a sua invocação e mobilização quando não penda sobre um cidadão a ameaça de aplicação de uma sanção ⁵¹⁹, mas se trate apenas e tão só de um qualquer efeito adverso não sancionatório. Assim, tem-se por abusiva a sua invocação fora deste âmbito sancionatório, podendo conduzir a entorses que promovam a fraude na relação com a Administração.
- C. Contudo, num grau acima de problematização, empreendeu-se a tarefa de tomar posição quanto à distância que se reputa como admissível entre a tutela do *nemo tenetur* e a ameaça da sanção. Assumindo e sustentando uma visão do problema tendendo para os direitos do arguido, entende-se que essa distância não precisa de se traduzir necessariamente na existência de um processo *formalmente* a decorrer, na qual um determinado sujeito tenha sido *formalmente* constituído arguido.
- D. Propugna-se então e assumidamente uma *noção ampla* do âmbito sancionatório dentro da qual o *nemo tenetur* possa ser invocado ⁵²⁰. Será disso exemplo a situação de recolha de elementos probatórios em derrogação do *nemo tenetur*, ao abrigo de um dever legal de cooperação, antes da instauração formal de um processo sancionatório, seja quanto ao sujeito, seja quanto ao objeto da investigação. A tutela do *nemo tenetur* não se vai estender diretamente a esse momento, caso não se traduza num processo sancionatório em sentido estrito, nem sejam já diligências contra determinado visado, tendentes ao

⁵¹⁸ Cap. I, pontos 1. a 9.

⁵¹⁹ Cap. I, ponto 3.

⁵²⁰ Cap. I, ponto 3.

apuramento de factos ou da sua autoria.

- E. No entanto, o *nemo tenetur* já vai atuar indiretamente, na medida em que por aí se justificará a proibição de valoração desses elementos num consequente ou futuro processo sancionatório. É esta a única compreensão que permite acautelar o efeito útil do *nemo tenetur*.
- F. Caracterizou-se e dedicou-se particular enfoque à fundamentação do *nemo tenetur*, apontando então para a sua decorrência do princípio da presunção de inocência, assumindo uma vertente eminentemente processual ⁵²¹. Daí resulta que uma sua absolutização não teria sustentação, sendo de admitir a possibilidade da sua justa e legítima restrição, dentro de determinados limites e por respeito a certos cânones constitucionais ⁵²².
- G. Para a resposta à valência do *nemo tenetur* em relação a uma específica área problemática – a dos entes coletivos – encontrou-se resposta na confluência de dois fatores.
- i. Um, já anteriormente sublinhado, prende-se com a natureza marcadamente processual do *nemo tenetur* e que o afasta de considerações mais ligadas e próximas da dignidade humana, que teriam o condão de o limitar à personalidade física.
 - ii. Por outro lado, procurou-se desenvolver o regime constitucional da extensão dos direitos fundamentais às pessoas coletivas, recorrendo ao *iter* metodológico consagrado na doutrina a este propósito. Por aí se concluiu que nada na natureza das pessoas coletivas, em direto confronto com a natureza do direito ao silêncio e à não autoincriminação – na fundamentação de pendor processual que lhe subjaz - permite responder pela negativa ao juízo de compatibilidade que o art. 12.º, 2, da CRP, exige que se faça ⁵²³.
- H. Quanto ao problema da vigência do direito ao silêncio e à não autoincriminação no processo contraordenacional, recorreu-se principalmente a um diálogo com um interlocutor privilegiado – o legislador constitucional, procurando, quer na sua semântica, quer no percurso que percorreu em matéria de garantias em processo criminal e restantes processos sancionatórios, procurar extrair um sentido ⁵²⁴.

⁵²¹ Cap. I, ponto 5.

⁵²² Cap. I, ponto 5.

⁵²³ Cap. I, ponto 10.3. (Conclusões).

⁵²⁴ Cap. I, ponto 11.1.

- I. A conclusão que se assumiu é a de que o legislador constitucional impõe a vigência dos direitos de defesa do arguido também no processo contraordenacional e demais processos sancionatórios. Fá-lo abarcando o direito ao silêncio e à não autoincriminação no leque de direitos de defesa ⁵²⁵ que assistem ao arguido e por recurso ao estatuto deste sujeito do processo penal ⁵²⁶.
- J. Tal escolha assume, no entendimento que se subscreve, dois significados – por um lado, o legislador constitucional quis invocar a figura maior em matéria de garantias, uma vez que o arguido é uma figura própria do processo penal e não de outros ramos do Direito.
- K. Por outro lado, daí decorre que essa escolha é feita num quadro de contingência, que cabe necessariamente ao legislador ordinário concretizar ⁵²⁷. Todavia, as opções do legislador ordinário não podem ser de tal molde que desvirtuem a opção do legislador constituinte, nomeadamente, desfigurando o estatuto do arguido nesses processos sancionatórios ⁵²⁸.
- i. Um exemplo desse desvirtuar encontra-se precisamente naquela que se reputa ser a fronteira da admissibilidade da restrição do *nemo tenetur* pelo dever legal de cooperação – essa restrição só será admissível dentro do âmbito sancionatório numa malha muito apertada de necessidade extrema de recurso a este instrumento ⁵²⁹.
 - ii. Pelo contrário, admite-se um afastamento do quadro garantístico do processo penal noutras matérias.
- L. Como exemplo de viável restrição, elegeu-se a sujeição a exames no âmbito da circulação rodoviária. Fora dessa malha apertadíssima de extrema necessidade e de *ultima ratio*, só fora de um processo sancionatório é que poderá valer irrestritamente essa limitação operada pelo dever legal de cooperação ⁵³⁰.
- M. Depois do enquadramento dogmático deste problema no seio da tensão das finalidades do processo penal que são, *mutatis mutandis*, as mesmas tensões que pululam em qualquer processo sancionatório ⁵³¹, procedeu-se à exposição do problema, tomando

⁵²⁵ Fazendo o direito à não autoincriminação decorrer do direito de defesa, a par com um processo equitativo, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *Ibidem*, p. 176.

⁵²⁶ Cap. V, ponto 11.1.

⁵²⁷ Cap. I, ponto 11.2. (Conclusões).

⁵²⁸ Cap. I, ponto 11.1.

⁵²⁹ Para o teste da viabilidade constitucional do dever legal de cooperação, *vide* Cap. II, ponto 3.

⁵³⁰ Cap. II, ponto 4.

⁵³¹ Cap. III, ponto 3.

posição crítica sobre as posições que têm sido assumidas, na doutrina e na jurisprudência⁵³².

- N. Por fim, avançam-se algumas propostas de superação do problema, assumindo sem complexos que globalmente penderão para o lado dos direitos de defesa do arguido⁵³³.
- i. Assim, defende-se a possibilidade de constituição de arguido a pedido do visado por lhe estarem a ser dirigidas diligências de investigação, inclusivamente na sequência de uma exigência ao abrigo de um dever legal de cooperação⁵³⁴.
 - ii. Ainda assim e como já se sublinhou, mesmo quando haja lugar à satisfação do pedido, os elementos autoincriminatórios assim entregues não devem poder ser valorados irrestritamente para fundamentar a condenação do arguido⁵³⁵.
 - iii. Na posição que se sustenta e que envolve uma análise casuística, terá de se analisar o concreto pedido dirigido ao visado – se esse pedido, por ser genérico e enquadrado em meras operações de rotina, se traduzir numa operação de supervisão ou no cumprimento de obrigações declarativas destinadas à retificação de dada situação administrativa, não será possível que com a constituição de arguido o visado se furte ao cumprimento da obrigação. Aliás, do incumprimento, pode resultar a aplicação de sanções⁵³⁶.
 - iv. Contudo, caso o pedido pressuponha conhecimentos privilegiados sobre determinados elementos ou factos que apontem no sentido de se tratar já de uma diligência probatória, deve ser dada ao visado a possibilidade de se constituir arguido, remetendo-se ao silêncio, para que não se autoincrimine⁵³⁷.
 - v. Ainda na situação de ter sido satisfeito o pedido de cooperação, numa posição de equilíbrio entre os interesses conflitantes, admite-se que os elementos ou esclarecimentos valham como notícia da infração e indícios da prática da mesma, a carecer de ulteriores e complementares diligências de prova^{538,539}.
- O. No plano do direito a constituir⁵⁴⁰, tecem-se desenvolvidas considerações sobre um dos

⁵³² Cap. IV.

⁵³³ Cap. V.

⁵³⁴ Cap. V, ponto 1.1.

⁵³⁵ Pelo menos, não para uma condenação exclusivamente com base nesses elementos, *vide* Cap. V, ponto 2.1. No mesmo sentido, SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo...*, *Ibidem*, p. 201.

⁵³⁶ Sobre as sanções que tutelam o dever legal de cooperação, especialmente, Cap. II, ponto 1.

⁵³⁷ Cap. V, ponto 1.1.

⁵³⁸ Cap. V, ponto 2.1.

⁵³⁹ Cap. V, ponto 2.2.

⁵⁴⁰ Cap. V, pontos 2.1. e 2.2.

principais pontos de emergência do conflito entre o dever legal de cooperação e o *nemo tenetur* – a área da supervisão e regulação ⁵⁴¹.

- i. Aí, defende-se que se devem levar a cabo alterações legislativas para uma mais clara separação, não necessariamente institucional mas certamente processual-formal, entre as atividades de supervisão e de repressão das infrações, cada uma com a sua lógica própria, a primeira de índole mais cautelar e preventiva, a segunda com um cariz repressivo e reconstitutivo dos factos ⁵⁴².
 - ii. Ainda nesta perspetiva futura, defende-se que se estabeleça na lei o exato sentido e alcance com que poderão valer os elementos obtidos ao abrigo do cumprimento de um dever legal de cooperação ⁵⁴³, devendo coincidir com a posição que se sustenta nessa matéria.
- P. Breves considerações ainda para acautelar aquela que poderia ser uma das aporias a apontar à construção que se assume. Se não se admite a valoração dos elementos obtidos e esclarecimentos prestados ao abrigo do dever legal de cooperação e que se revistam de conteúdo autoincriminatório, não haveria uma restrição nem qualquer afetação do *nemo tenetur* pelo dever legal de cooperação. Para a mesma argumentação apontaria a contenção do *nemo tenetur* no âmbito sancionatório.
- i. Em primeiro lugar, haverá sempre uma restrição ao direito ao silêncio que, como se pode discorrer ⁵⁴⁴, não se confunde com o *nemo tenetur*. Como se sublinhou, um e outro direito de defesa não se confundem, pois pode haver uma violação do direito ao silêncio sem que haja uma restrição do direito à não autoincriminação.
 - ii. Em segundo lugar, existe, sim, um confronto entre o dever legal de cooperação e o *nemo tenetur*, contudo, a força normativa do último impõe-se perante o primeiro, fazendo com que os efeitos desta compressão se limitem ao âmbito da supervisão ou regulação ⁵⁴⁵ e não se estendam ao âmbito sancionatório – é o caso paradigmático da incomunicabilidade de elementos. Assim, o *nemo tenetur* formará o perímetro de contenção do dever legal de cooperação para lá do âmbito sancionatório.

⁵⁴¹ Cap. V, ponto 2.1.

⁵⁴² Cap. V, ponto 2.2.

⁵⁴³ Cap. V, ponto 2.2.

⁵⁴⁴ Cap. I, ponto 8.

⁵⁴⁵ Além disto, os elementos e esclarecimentos prestados podem sempre contribuir para a aplicação de medidas cautelares ou correções desfavoráveis ao visado mas que, sublinha-se, não se confundem com sanções.

Q. Em suma, o presente estudo permitiu aprofundar e desenvolver considerações em redor do âmbito de vigência do direito à não autoincriminação, bem como os moldes e os fundamentos com que, do confronto com o dever legal de cooperação, pode resultar a (limitada) prevalência deste último.

Bibliografia

ALFAFAR, Diana Patrício, *O nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração: no direito sancionatório da concorrência*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Direito Processual Penal, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

-----, *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*, *C & R* 4, n.º 11 e 12, julho – dezembro 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, Vol. I, Livraria Almedina, 1.ª ed., julho de 2004.

-----, *O poder sancionatório da Administração Pública*, in Freitas do Amaral *et al.* (coords.), *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 215 – 234.

ANASTÁCIO, Catarina, *O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*, *C & R* 1, N. 1 (2010), p. 199-235.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 5.ª ed., março de 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª Ed. (Reimp.), Outubro de 2013.

-----, *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*, *RLJ*, Ano 144.º, n.º 3989, Novembro-Dezembro 2014, pp. 121 a 157, Coimbra Editora.

ANTÓN, Tomás Vives, *El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, pp. 27 a 39.

ANTUNES, Luís Miguel Pais, *Direito da Concorrência: Os Poderes de Investigação da Comissão Europeia e a Protecção de Direitos Fundamentais*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.ª ed., 1995.

ANTUNES, Maria João, *Direito ao silêncio e leitura, em audiência, das declarações do arguido*, in *Sub Judice* 4, setembro – dezembro 1992, pp. 25 e 26.

-----, *Direito Penal Fiscal – Algumas questões da jurisprudência constitucional*, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais (Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, org. de ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., julho de 2013, pp. 787 a 804.*

-----, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, reimp., março de 2017.

ANTUNES, Maria João / COSTA, Joana, *Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa ao Reforço de Certos Aspectos da Presunção de Inocência e do Direito de Comparecer em Tribunal em Processo Penal (COM(2013) 821 FINAL)*, in *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo penal: a “segunda vaga” e seu previsível impacto sobre o direito português, Comentários*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015 (e-book), pp. 21 a 43.

AREIAS, André Paralta, *O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade*, in *C&R 13*, ano 4, janeiro – março 2013, pp. 233 a 266.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Anotação, numa perspectiva de Direito Penal e de Criminologia, de alguns dos aspectos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (português) de 28 de setembro de 2011 – os problemas do direito ao silêncio e do dever de o arguido em se sujeitar a aplicações de prova no processo penal*, in *RCEJ 16*, 2.º semestre de 2011, pp. 81 a 100.

BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

BERGER, Mark, *Europeanizing Self-Incrimination The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights*, *Columbia Journal of European Law* 12, 2006

BOLIEIRO, Helena, *As Declarações do Arguido nas Fases Preliminares do Processo Penal: o Direito ao Silêncio Deste e os Pressupostos e Limites dos Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, in *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico II O Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois Sistemas Jurídicos Em Busca da Justiça*, Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, julho de 1999, pp. 36 a 52.

BOLINA, Helena Magalhães, *O Regime dos Processos de Contra-Ordenação dos*

Reguladores Independentes, in Paz Ferreira *et al.* (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 737 a 771.

-----, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado dos valores mobiliários*, RCEJ 14, 2.º Semestre 2010, p. 383 – 430.

BRANDÃO, Nuno, *Questões Contra-Ordenacionais Suscitadas pelo Novo Regime Legal da Mediação de Seguros*, RPCC, ano 17, n.º 1, janeiro a março de 2007, pp. 73 a 94.

-----, *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal*, RCEJ 8 (Especial: Jornadas sobre a Revisão do Código Penal), 1.º semestre, 2008, pp. 41 a 54.

-----, *Acordos Sobre a Decisão Administrativa e Sobre a Sentença no Processo Contra-Ordenacional*, RPCC, ano 21, n.º 4, outubro a dezembro de 2011, pp. 593 a 610.

-----, *Desobediência e Resistência a Ordens de Autoridade no Período das Ordenações*, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais (Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, org. de ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., julho de 2013, pp. 1183 a 1208.

-----, *Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal*, RPCC 24, 2014, pp. 29 – 55.

-----, *Crimes e Contraordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, janeiro de 2016.

-----, *Por um Sistema Contra-Ordenacional a Duas Velocidades*, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, maio a agosto de 2017, pp. 277 a 288.

BRITO, Teresa Quintela de, *Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos*, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, org. de Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa, Almeida, Carlota, Coimbra: Livraria Almedina, 2014, pp. 131 a 182.

-----, *A Determinação das Responsabilidades Individuais no Quadro de Organizações Complexas*, in AA. VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 75 – 103.

BRONZE, Fernando José, *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 1.ª

ed., fevereiro de 2012.

BRUNELLI, David, *Il Falso nel Bilancio Consolidato di Gruppo: Uno Problema Sottovalutato*, in in *L' Indice Penale*, Ano II, n.º 1, janeiro a abril de 1999, CEDAM, pp. 55 a 73.

CAEIRO, Pedro, *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*, RMP 84, Ano 21, 2000, pp. 31 a 48.

-----, *Quem cabritos tem e cabras não vende...*, da Série *Escritos Breves* – 1, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, julho de 2015.

CALVETE, Victor, *As Semelhanças e Diferenças: Regulação, Concorrência e All hat Jazz*, *Julgar* 9, 2009, pp. 73 a 95.

-----, *Entidades Administrativas Independentes: Smoke & Mirrors*, C & R 6 e 7, julho e dezembro de 2011, pp. 63 a 114.

CÂMARA, Paulo, *Regulação e valores mobiliários*, in Paz Ferreira *et al.* e(coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 127 – 186.

CAMPOS, Diogo Leite de / SOUTELINHO, Susana, *Direito do Procedimento Tributário*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.ª ed., 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, 5.ª ed., 2002.

-----, *O princípio democrático e a pressão dos novos esquemas regulatórios*, RDPR, n.º 1, 2009, pp. 99 – 107.

CANOTILHO, J. J. Gomes / BRANDÃO, Nuno, *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*, RLJ, ano 146.º, n.º 4000, setembro a outubro de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., outubro 2014.

CAPELO, Maria José / BRANDÃO, Nuno, *A eficácia probatória das sentenças penais e das decisões finais contra-ordenacionais no âmbito do processo civil*, RLJ, ano 147.º, n.º 4006, setembro a outubro de 2017.

CASERMEIRO, Pablo Rando, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2010.

CASTANHEIRA, António Rui de Sousa, *Direito de defesa do arguido em processo penal*, CRMP 5, 1990, pp. 95 a 106.

COELHO, Ana Proença, *Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM*, C & R 4, n.º 11 e 12, julho – dezembro 2012.

CONDE, Francisco Muñoz, *De la Prohibición de Autoincriminación al Derecho Procesal Penal del Enemigo*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, org. ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de, Coimbra: Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, 2010, pp. 1013 a 1039.

CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, 8.^a ed., Milão: Giuffrè Editore, 2006.

CORREIA, Carlos Pinto, *As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais*, in Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 721 a 736.

COSTA, Eduardo Maia, *A defesa e o defensor em processo penal*, RMP 49, Ano 13, 1992, pp. 85 a 94..

COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, RMP 128, 2011, p. 117-183.

COSTA, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da, *O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, 1992, p. 39 – 69.

COSTA, José de Faria e RAMOS, Maria Elisabete, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada (Insider Trading). A Informação enquanto Problema Jurídico-Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COSTA, José de Faria, *Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal*, in *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, outubro de 1998, pp. 187 a 197.

CURADO, Ana Pascoal, *As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: natureza jurídica e aplicação do princípio Nemo Tenetur*, C & R., Ano 3, n.º 9, 2012, p. 239-274.

DANTAS, António Leones, *Procedimentos de natureza sancionatória no direito da concorrência*, Sub Judice 40, 2007, pp. 99 a 110.

-----, *O Processo das Contra-Ordenações na Lei n.º 50/2006*, in Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 773 a 798.

-----, *Os Direitos de Audição e de Defesa no Processo das Contra-Ordenações: Artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República*, in *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2010, n.º 14, pp. 294 a 332.

-----, *Os Recursos Jurisdicionais no Processo das Contraordenações*, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, maio a agosto de 2017, pp. 181 a 202.

DIAS, Augusto Silva, *Crimes e contra-ordenações fiscais*, in IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. II: Problemas Especiais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 439 – 480.

-----, *Têm os deveres de cooperação do art. 7.º e ss. do DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais*, in *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES; Paulo de Sousa (Coordenadores), Coimbra Editora, 1.ª ed., agosto de 2012, pp. 433 a 452.

DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Ónus de alegar e de provar em processo penal? : atentado ao pudor, Anotação ao Acórdão de 14 de Julho de 1971*, in *RLJ* 3473 e 347, Ano 105, 1972, pp. 139 a 143.

-----, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. de 1974, reimp. de 2004.

-----, *O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal* (Separata do BFDUC “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984), Coimbra, 1988.

-----, *Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.ª ed., 1995, pp. 1 a 34.

-----, *Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª ed. (reimp.), janeiro de 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009.

DUARTE, David, *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação*, BFDUC, vol LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 413 a 432.

EASTON, Susan, *The Case for the Right to Silence*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2.^a ed., 1998.

ECHAGÜE, Juan Manuel Álvarez, *El Derecho a la No Autoincriminación y su Aplicación en el Ámbito del Derecho Sancionador Tributario (La posibilidad de utilizar pruebas obtenidas en un proceso de verificación como fundamento de sanciones penales)*, in *Cronica Tributaria*, n.º 118/2006 (11 – 28), pp. 11 a 28.

FAUSTINO, Manuel, *O Dever de Retenção na Fonte e Outros Deveres Autónomos de Cooperação em IRS*, Áreas Editora, 1.^a ed., 2003.

GAGEIRO, António, *Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do enforcement (E. U. A./R. U./Europa Continental)*, in AA. VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 41 – 72.

GERSÃO, Eliana, *Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 173 – 174, 1973, p. 7 – 62.

GOMES, Nuno de Sá, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal (Lições)*, Lisboa: Rei dos Livros, 2.^a ed., abril de 2000.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, in *Sep. de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Lisboa, Ed. FDL / Coimbra Editora, 2006, pp. 535 – 573.

GOSSEL, Karl-Heinz, *As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha* (Traduzido por Manuel da Costa ANDRADE), *RPCC* 2, Janeiro-Março 1992.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1.^a ed., 1995.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá, *Exame de Alcoolemia: Sua Validade como Prova no Processo Penal*, *RBCC* 9, n.º 33, janeiro a março de 2001, Editora Revista dos Tribunais, pp. 121 a 132.

HASSEMER, Winfried, *Processo Penal e Direitos Fundamentais* (tradução de

Augusto SILVA DIAS), in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, pp. 15 a 25.

JACOBS, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1975.

LOBO, José Maria Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, Granada: Editorial Comares, 1.ª ed., 1996.

LOPES, Patrícia, *Segredos de negócio versus direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência*, C & R 4, ano 1, outubro – dezembro 2010.

LOUREIRO, Flávia Novera, *Os Poderes de Investigação nas Contraordenações Concorrenciais – ou a “criminalização” do direito administrativo sancionatório*, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, maio a agosto de 2017, pp. 227 a 242.

MAÇÃS, Fernanda, *Responsabilidade civil das entidades reguladoras...*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, org. por CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, Coimbra: Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, 2012, pp. 425 a 455.

MACHADO, Jónatas / RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais*, in *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 3, n.º 8, Julho/Setembro de 2009.

MAGALHÃES, Tiago Coelho de, *Nemo tenetur se ipsum accusare entre o ente colectivo em processo penal*, dissertação de 2.º Ciclo de Estudos em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

MAGGIO, Paola, *Esame del DNA e Prova Scientifica: Le Esperienze Italiana e Tedesca a Confronto*, in *L'Indice Penale*, Ano XIV, n.º 1, janeiro a junho de 2011, CEDAM.

MARTINHO, Helena Gaspar, *O Direito ao Silêncio e à Não Auto-Incriminação nos Processos Sancionatórios do Direito Comunitário da Concorrência – Uma Análise da Jurisprudência dos Tribunais Comunitários*, C & R: Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra. ISSN 1647-5801. Ano. 1, N. 1 (2010), p. 145 e ss..

-----, *Nemo Tenetur se ipsum accusare e concorrência jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*, C & R: Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra. ISSN 1647-5801. Ano. 1, N. 1 (2010), p. 175-198.

-----, *A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários*

económicos e o sigilo bancário, in 2.º Congresso da Investigação Criminal, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Augusto Silva DIAS e Paulo de Sousa MENDES, Coimbra: Livraria Almedina, outubro de 2010, p. 210.

-----, *O direito à não autoincriminação no Direito da Concorrência – O diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, org.: GUEDES, Armando Marques; BRITO, Maria Helena; PRATA, Ana, DUARTE, Rui Pinto; GOUVEIA, Mariana França, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1063 – 1104.

MARTINS, Joana Boaventura, *Da Valoração das Declarações de Arguido Prestadas em Fase Anterior ao Julgamento: Contributo para uma Mudança de Paradigma*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., setembro de 2014.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.ª ed., setembro de 2011.

MATEUS, Abel, *Economia, Direito da Concorrência e Regulação, Sub Judice 40*, 2007, pp. 11 a 26.

MELLADO, José Maria Asencio, *Derecho Procesal Penal*, Valência: Tirant Lo Blanch, 7.ª ed., 2015.

MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de Prova no Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, pp. 133 a 154.

-----, *O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência*, in *Julgar*, N.º 9, 2009.

-----, *As garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência Confrontadas com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, C & R 1, n.º 1, 2010, p. 121-144.

-----, *Os Direitos e Deveres do Arguido*, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

-----, *O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório*, in *C & R 11/12*, 2012, pp. 307 – 318.

-----, *O processo penal entre a eficácia e as garantias*, in *Direito de Investigação Criminal e da Prova*, PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de;

DIAS, Augusto da Silva; MENDES, Paulo de Sousa, Almedina, 2014, pp. 67 a 80.

-----, *A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras*, AC, IDPCC, n.º1, 2015, Almedina.

-----, *O Procedimento Sancionatório Especial por Infracção às Regras da Concorrência*, in Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 705 a 720.

MENDES, Paulo de Sousa; SILVEIRO, Fernando Xarepe, *Algumas Questões em Torno da Nota de Ilicitude no Processo Contra-Ordenacional por Práticas Restritivas da Concorrência*, RCEJ 14, 2.º Semestre 2010, pp. 431 a 448.

MENEZES, Sofia Saraiva de, *Direito ao Silêncio: a Verdade por trás do Mito*, in *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre a Teoria Geral da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa, Almedina, 1.ª ed. (2.ª reimp.), janeiro 2013, pp. 117 a 136.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *O Administrative Constitutionalism: Resgatar a Constituição para a Administração Pública*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, org. por CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, Coimbra: Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, 2012, pp. 387 a 420.

MONIZ, Carlos Botelho; PERES, Joaquim Vieira; CADETE, Eduardo Maia; BORGES, Gonçalo Machado; MELO, Pedro Gouveia; GOUVEIA, Inês; FERREIRA, Luís do Nascimento, *Lei da Concorrência Anotada*, Livraria Almedina / Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, 1.ª ed., março de 2016.

MONTE, Mário Ferreira, *A Regulação no Contexto do Direito Sancionatório. Em especial, os Sectores da Energia e do Ambiente*, in AA. VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 239 a 270.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2.ª ed. maio de 2010.

MORAIS, André, CORDEIRO, Francisca Robalo e GULPILHARES, Fábio, *Direito Penal Alimentar*, in *Actas do Colóquio Risco Alimentar 29.maio.2015*, Coordenação de MONTEIRO, Jorge Sinde e BARBOSA, Mafalda Miranda, Coimbra: IJ da FDUC, dezembro de

2015, pp. 89 a 106.

MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1.^a ed., 2000.

-----, *Direito das Contra-Ordenações – Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1.^a ed., 2008.

NEGRI, Daniele. *Medios de Prueba no Regulados Expresamente en lo Convenio de Asistencia Judicial de 2000 y Derechos Fundamentales*, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Editorial Aranzadi, 1.^a ed., 2006, pp. 339 a 349.

NETO, Theodomiro Dias, *O Direito ao Silêncio: Tratamento nos Direitos Alemão e Norte-Americano*, in *RBCC* 19, ano 5, julho – setembro de 1997, pp. 179 a 204.

NEVES, António Castanheira, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: policop., 1968.

NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed., maio de 2011.

NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed., junho de 2003.

PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do art. 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)*, in *RMP* 15, N.º 60, 1994, pp. 101 a 110.

-----, *O Problema Penal do Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, pp. 41 a 53.

-----, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.^a ed., fevereiro de 2006. -----, *O direito à não auto-incriminação*, in *Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, n.ºs 1, dezembro de 2008 / janeiro de 2009.

-----, *Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova*, in *Direito de Investigação Criminal e da Prova*, PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; DIAS, Augusto da Silva; MENDES, Paulo de Sousa, Almedina, 2014, pp. 7 a 18.

PALMA, Maria Fernanda, OTERO, Paulo, *Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social (parecer e proposta de alteração legislativa)*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, 1996, n.º 2, pp. 557 – 591.

PATRÍCIO, Rui, *O Princípio da presunção de inocência do arguido na fase do*

juízo no actual processo penal português (Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português), Lisboa: AAFDL, 2000.

PATTO, Pedro Vaz, *O Segredo de Negócio e o Segredo de Justiça no Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, in AA. VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 225 a 235.

PEREIRA, Rui, *O domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, pp. 119 a 131.

PERINI, Andrea, *Ai Margini dell'Esigibilità: Nemo Tenetur se Detegere e False Comunicazioni Sociali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XLII, Fascículo II, abril a junho de 1999, Milão: Giuffrè Editore, pp. 538 a 586.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I (Problemas gerais), Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 210 – 274.

-----, *As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-Ordenações na Organização do Direito Penal Secundário*, in *Themis*, Ano III, n.º 5, 2002, pp. 87 a 100.

-----, *Crimes no Sistema Financeiro: o Mapa Legal e a Adequação da Tutela Penal*, in *Infrações Económicas e Financeiras: estudos de criminologia e de direito*, coord. CRUZ, José Neves; CARDOSO, Carla; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2013, pp. 479 a 492.

-----, *A actividade jornalística à luz da Jurisprudência Penal*, *Media, Direito e Democracia*, Coordenação de MORAIS, Carlos Blanco de, DUARTE, Maria Luísa, CASTRO, Raquel Alexandra Brízida, Livraria Almedina, 2014, muito em especial, pp. 266 e 267.

-----, *As Garantias do Estado de Direito e a Evolução do Direito de Mera Ordenação Social*, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, maio a agosto de 2017, pp. 243 a 262.

PINTO, Lara Sofia, *Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile?*, in *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre a Teoria Geral da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO,

Frederico Lacerda da Costa, Livraria Almedina, 1.^a ed. (2.^a reimp.), janeiro 2013, pp. 91 a 116.

RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. Parte I*, RMP 27, n.º 108, 2006.

-----, *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. Parte II.*, RMP 28, n.º 109, 2007.

-----, *O direito à não auto-incriminação no domínio da concorrência, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de novembro de 2008 (Proc. n.º 6057/08 – 5, 5.^a Secção*, in *Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, n.ºs 2 e 3.

RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito a um Processo Equitativo na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11, julho e setembro de 2006, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 3 e ss.

REIS, Maria de Fátima, *O direito à não autoincriminação*, in *Sub-Judice* 40, Julho-Setembro 2007.

REIS, Pedro, *Dever de verdade – Direito de Mentir*, RFDUL, XLVIII, n.os 1 e 2, 2007, pp. 451 a 482.

RIDOLA, Paolo, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni del costituzionalismo*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, vol. III, org. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, Coimbra: Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, pp. 861 a 879.

RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, José Carlos Vieira de; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; RAMOS, Rui Manuel Moura; MOREIRA, Vital, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora / *Corpus Juris Gentium Conimbrigae*, 1.^a ed., 2001.

RODRIGUES, Sara, SERZEDELO, Dorothee, *O Estado português seria condenado'? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in *C & R* 6, Ano 2, abril – junho 2011.

ROQUE, Miguel Prata, *Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social*, in Maria Fernanda Palma *et al.* (coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 367 – 442.

-----, *O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o*

Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional, in *C & R*, ano 4, n.º 14, abril – setembro 2013.

ROSA, Luís Bértolo, *Consequências Processuais das proibições de prova*, *RPCC* 20 (2010), p. 251 e ss.

ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Sant Fe: Rubinzal – Culzoni, 2009 (Trad. de Óscar PERALTA).

-----, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1.ª ed., setembro de 2000 (Tradução de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO).

RUÇO, Alberto Augusto Vicente, *Prova Indiciária: Por que razão um facto é um indício ou base de uma presunção?*, Coimbra, 2013.

-----, *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, Coimbra: Livraria Almedina / Colectânea de Jurisprudência, 1.ª ed., junho de 2016.

RUIZ, Nuno, *Comentário à sentença do proc. n.º 766/06.4TYLSB, Sub Judice 40*, 2007, pp. 125 a 134.

SÁ, Liliana da Silva, *O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*, *RMP* 27, N.º107, 2006.

SALTZBURG, Stephen A., *The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination*, 53, *University of Chicago Law Review*, 1986, 6 ss. E 24 ss.

SANCHES, José Luís Saldanha, *Regulação: História Breve de um Conceito*, in *ROA*, ano 2000, 60, vol I.

-----, *A Quantificação da Obrigação Tributária: Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 173, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995.

SANTIAGO, Bruno Vinga, *O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários de 1999*, in *RPCC* 11, 2001, pp. 603 – 362.

SANTIAGO, Rodrigo, *Reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987*, *RPCC*, ano 4, fasc. 1, 1994, pp. 27 a 62.

SANTOS, Luís Máximo dos, *Regulação e Supervisão Bancária*, in Paz Ferreira *et al.* (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, pp. 39 – 126.

SANTOS, Vítor Sequinho dos, *O Dever de Fundamentação da Decisão Administrativa Condenatória em Processo Contra-Ordenacional*, RCEJ 14, 2.º Semestre 2010, pp. 333 a 381.

SARAIVA, Rute, *Direito dos Mercados Financeiros - Apontamentos*, 2.ª ed., 2015, Lisboa: AAFDL Editora.

SILVA, Germano Marques da, *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido*, CRMP 5, 1990, pp. 41 a 49.

-----, *Direito Penal Tributário (Relatório) Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário (Lição de Síntese)*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1.ª ed., dezembro de 2009.

SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.ª ed., março de 2008.

SILVA, Paula Costa e, *As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica*, *O Direito*, ano 138.º, 2006, III, pp. 541 – 569.

SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*, RFDUP 10, 2013, p. 361-379.

-----, *O Arguido como Meio de Prova contra Si Mesmo: Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, dissertação de doutoramento apresentada à FDUP, Porto: 2016, em curso de publicação.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra: Livraria Almedina, 1.ª ed., maio de 2013.

SILVEIRA, Angélica Rodrigues da, *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare e o dever de colaboração: análise do caso Weh C. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, C & R 23 e 24, 2015, pp. 263 a 319.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales*, Navarra: Thomson Civitas, 1.ª ed., 2007.

SOUSA, Ricardo Oliveira, *A Comunicabilidade da prova obtida em Direito Processual Penal para o Processo Contraordenacional*, in *Revista de Concorrência e Regulação* 9 (2012), pp. 275 – 292.

SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a*

Legitimidade do Discurso Criminalizador, Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed., julho de 2006.

-----, *A Infracção Fiscal (e a sua Natureza) no Direito Português: Breve Percorso Histórico*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, org. de NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Coimbra: Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, 2012.

TEIXEIRA, António de Jesus, *Os Limite do Efeito-à-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Questões Processuais da Responsabilidade das Pessoas Colectivas no Domínio do Direito Sancionatório da Regulação*, in AA. VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 107 - 137.

TOMILLO, Manuel Gomez, *Derecho administrativo sancionador: parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Navarra: Thomson, Ed. Aranzandi, 2008.

TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, Milão: Giuffrè Editore, 16.^a ed., 2015, p. 295.

URBANO, Maria Benedita, *Globalização: os direitos fundamentais sob stress*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, org. ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de, Coimbra: Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, 2010, pp. 1049 a 1106.

VEIGA, Raúl Soares da, *O Juiz de Instrução e a Tutela dos Direitos Fundamentais*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Coimbra: Livraria Almedina, junho de 2004, pp. 183 a 220.

-----, *Legalidade e Oportunidade no Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, in AA. VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 139 a 173.

VELOSO, José António, *Boas intenções, maus resultados: Notas soltas sobre a investigação e processo na supervisão financeira*, in *ROA* 60, 2000, pp. 73 – 102.

VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed, março de 2000.

WILS, Wouter, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and*

Economic Analysis, World Competition: Law and Economics Review, vol. 26, n.º 4, 2003, pp. 567 a 588.

WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *2.º Congresso de Investigaçãõ Criminal*, coordenação científica de Maria Fernanda PALMA, Augusto Silva DIAS e Paulo de Sousa MENDES, outubro de 2010, pp. 161 a 185.

JURISPRUDÊNCIA

1. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Ac. *Orkem vs. Comissão*, de 18.10.1989, Proc. n.º 374/87.

Ac. do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) - *Mannesmannrohren – Werke AG vs. Comissão*, de 20.01.2001, Proc. n.º T-112/98.

Ac. *PVC Cartel II – Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros vs. Comissão*, de 15.10.2002, Processos Apensos n.º C-283/99 P, C-244 e 245/99 P, C-254/99 P.

Ac. *Aalborg Portland A/S e outros vs. Comissão*, de 07.01.2004, Processos Apensos n.º C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P.

Ac. do Tribunal de Primeira Instância *Tokai Carbon Ltd. e outros vs. Comissão*, de 29.04.2004, Processos Apensos n.º T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01 e T-252/02.

Ac. *Comissão vs. SGL Carbon AG*, de 29.06.2006, Processo n.º C-301/04.

Ac. *Erste Bank e outros vs. Comissão*, de 24.09.2009, Processos n.º C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P.

Ac. *Puškár*, de 27.09.2017, Processo n.º C-73/160

2. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Ac. *Ozturk vs. Alemanha*, de 21.02.1984.

Ac. *Société Stenuit vs. França*, de 27.02.1992.

Ac. *Funke vs. França*, de 25.02.1993.

Ac. *John Murray vs. Reino Unido*, de 08.02.1996.

Ac. *Saunders vs. Reino Unido*, de 17.12.1996.

Ac. *Serves vs. França*, de 20.10.1997.

Ac. *Abas v. Netherlands*, App. N.º 27943/95, 1997.

Ac. *Hearey e McGuinness vs. Irlanda*, de 21.03.2001.

Ac. *J. B. vs. Suíça*, de 03.08.2001.

Ac. *Weh vs. Áustria*, de 08.04.2004.

Ac. *Jussila vs. Finlândia*, de 23.11.2006.

Ac. *Jalloh vs. Alemanha*, de 11.07.2006.

Ac. O'Halloran e Francis vs. Reino Unido, de 29.06.2007.

Ac. Martinen vs. Finlândia, de 21.04.2009.

3. Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa

Sentença de 28.07.2006, Processo n.º 261/06.1TYLSB, confirmada pelo Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.03.2007, Processo n.º 172/07.9.

Sentença de 08.05.2007, Processo n.º 205/06.0TYLSB.

Sentença de 10.08.2007, Processo n.º 1050/06.9TYLSB.

4. Jurisprudência do Tribunal Constitucional ⁵⁴⁶

Ac. n.º 269/2003, Proc. n.º 218/01

Ac. n.º 304/2004, Proc. n.º 957/03.

Ac. n.º 581/2004, Proc. n.º 665/03.

Ac. n.º 181/2005, Proc. n.º 923/04.

Ac. n.º 512/2006, Proc. n.º 568/05.

Ac. n.º 155/2007, Proc. n.º 695/06.

Ac. n.º 278/2011, Proc. n.º 547/10.

Ac. n.º 461/2011, Proc. n.º 366/11.

Ac. n.º 595/2012, Proc. n.º 499/12.

Ac. n.º 340/2013, Proc. n.º 817/12.

Ac. n.º 418/2013, Proc. n.º 120/11.

Ac. n.º 49/2013, Proc. n.º 501/12.

Ac. n.º 868/2014, Proc. n.º 806/14.

Ac. n.º 360/2016, Proc. n.º 563/15.

Ac. n.º 376/2016, Proc. n.º 1094/15.

Ac. n.º 674/16, Proc. n.º 206/2016.

⁵⁴⁶ Acórdãos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

5. Jurisprudência do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 11.01.2008, no âmbito do Processo n.º 4907/06.3TFLSB.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 22.04.2010, no âmbito do Processo n.º 3501/06.3TFLSB.

6. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Assento n.º 1/2003, de 25 de janeiro.

7. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. de 17/04/2012, Proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

Ac. de 15/02/2011, Proc. n.º 3501/06.3TFLSB.L1.