

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA
MESTRADO FORENSE



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR* NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E
CONTRAORDENACIONAL PORTUGUÊS
(EM ESPECIAL: REGIME LEGAL DA SUPERVISÃO VS. PRINCÍPIO DO *NEMO
TENETUR* NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA)

ORIENTADOR – PROFESSOR DOUTOR GERMANO MARQUES DA SILVA

PEDRO AIRES FAUSTINO

LISBOA, 2018

SIGLAS E ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência

Apud. – citado por

art. – artigo

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CVM – Código dos Valores Mobiliários

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ibid. – na obra anteriormente citada

LdC – Lei da Concorrência

op. cit. – obra citada

p. – página

pp. – páginas

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

V. – ver

Vs. – Versus

ÍNDICE

Introdução.....	4
I – O princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	5
1. Origem histórica e evolução internacional.....	5
2. <i>Nemo tenetur</i> na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	9
3. A fundamentação constitucional do princípio <i>nemo tenetur</i>	15
3.1. Corrente substantiva ou material e corrente processualista.....	16
II – O princípio <i>nemo tenetur</i> no direito processual penal.....	18
1. Âmbitos de aplicação do <i>nemo tenetur</i>	18
1.2 Contornos do princípio na lei processual penal.....	22
2. As consequências da Violação do princípio <i>nemo tenetur</i>	24
3. Restrições legais ao princípio <i>nemo tenetur</i>	25
III – O princípio <i>nemo tenetur</i> no direito contra-ordenacional.....	27
1. Contornos do princípio no direito das contraordenações.....	27
2. Autoridade de supervisão vs. <i>Nemo tenetur</i> no Direito das contraordenações.....	29
2.1 Delimitação do problema.....	29
2.2 Posição da doutrina.....	32
2.3 Questão na jurisprudência.....	40
2.4 Considerações finais em relação à controvérsia.....	43
Conclusão.....	46
Bibliografia.....	47
Jurisprudência.....	50

INTRODUÇÃO

A sociedade atual está em constante mudança. Sendo o Direito uma ciência social, isso implica que as regras pelas quais a sociedade se rege se vão alterando também. Ao longo de vários anos têm vindo cada vez mais a surgir novos direitos e princípios gerais de Direito. Com esta dissertação pretendo analisar a evolução de um princípio em especial, que se designa por *nemo tenetur se ipsum accusare*¹ ou simplesmente direito à não autoincriminação. Irei referir a forma como este princípio se originou e de que modo foi aceite nas diferentes comunidades, dando especial atenção à sua evolução no ordenamento jurídico Português e no plano Europeu em geral, onde irei analisar vários acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre esta temática, com o objetivo de expor os desenvolvimentos do direito à não autoincriminação principalmente no final do século XX.

Após este estudo introdutório ao princípio, seguir-se-á uma análise do mesmo de acordo com o direito processual penal Português atual, nomeadamente sobre a fundamentação deste princípio, a sua extensão e âmbito de aplicação, onde irei também referir alguns casos em que este princípio pode não operar e, por fim, quais as consequências da violação do direito à não autoincriminação.

Na parte final desta dissertação irá ser explorado este mesmo princípio no campo do direito contraordenacional. Aqui será explicada a forma como o *nemo tenetur se transpõe* para o direito das contraordenações e, mais à frente, se esse mesmo regime será aplicável, em especial, nos processos sancionatórios de Concorrência, onde esta questão será essencialmente desenvolvida ao ser contraposto o regime legal da supervisão e o dever de cooperação com o princípio do *nemo tenetur*, fazendo apelo a várias posições doutrinárias e diferentes decisões de Tribunais que, apesar de em geral apontarem na mesma direção, ainda deixam espaço para algumas dúvidas e diferentes interpretações por parte de alguns autores.

¹ Ninguém é obrigado a acusar-se a si mesmo. Outros brocardos latinos tipicamente usados para fazer referência ao princípio em questão são, por exemplo: *nemo tenetur se detegere*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, ou simplesmente *nemo tenetur*, entre outros.

I – O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

1. Origem histórica e evolução internacional

O direito à não autoincriminação ou *nemo tenetur* baseia-se no fundamento de que ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria incriminação². Mais à frente, irei analisar a fundamentação e a estrutura deste princípio, onde será discutido se este engloba tanto o direito ao silêncio como o direito a não fornecer meios de prova, ou, por outro lado, se apenas pretende tutelar o direito ao silêncio enquanto declarações orais.

Hoje em dia, este princípio é aplicado por praticamente todo o mundo, mas nem sempre foi assim. O direito à não autoincriminação apenas teve a sua “origem moderna”³ no século XIII, mais especificamente depois da *Magna Charta* na Inglaterra, em 1215, mas iria ainda necessitar de vários séculos de evolução até atingir a forma que hoje conhecemos. Para ser considerado um princípio de *common law*, foi necessário esperar mais de 400 anos desde a *Magna Charta*. Foi uma evolução demorada que se focou na luta contra o sistema do juramento *ex officio* vigente nos Tribunais eclesiásticos na altura. “*Estes exigiam o juramento de todos perante o tribunal, tendo que responder a todas as questões do tribunal com honestidade sob pena de serem severamente punidos.*”⁴ Em 1637, deu-se um importante marco no direito contra a autoincriminação. Nesta data, houve um famoso caso de um cidadão inglês chamado John Lilburne. O Sr. Lilburne recusou-se a fazer o

² RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», Parte I, *Revista do Ministério Público*, 108/2006., p. 131

³ Expressão usada por MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, «O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito», *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (Coordenação de TERESA PIZARRO BELEZA, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO), Almedina, Coimbra, 2010., p. 118; nota 3: “se recuarmos historicamente, podemos encontrar raízes tanto no Velho Testamento como, num momento posterior, no Direito Canónico”. E por RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2006, p.136, nota 15. Para uma análise aprofundada sobre a origem do direito à não autoincriminação V. SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare**, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 61 a 138.

⁴ PINTO, LARA SOFIA, «Privilegio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido, Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile?», *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (Coordenação de TERESA PIZARRO BELEZA, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO), Almedina, Coimbra, 2010, p. 100.

juramento perante um tribunal eclesiástico, o que resultou na sua condenação. Mas, devido a essa punição, seguiram-se vários protestos contra este sistema por parte da população Inglesa em geral durante anos, até que, em 1641, o Parlamento Inglês acabou mesmo por abolir a prática do juramento *ex officio* e estabeleceu o início do princípio contra a autoincriminação. “*A partir deste momento, ninguém podia ter um processo (eclesiástico) a correr contra si sem que houvessem fundadas suspeitas*”⁵. Todavia, na prática forense, o arguido ainda não tinha o direito ao silêncio e continuava obrigado a testemunhar sempre que o tribunal assim entendesse. Ficar calado seria o mesmo que confessar⁶.

O princípio foi implementado também, em 1791, na 5.^a Emenda da *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América. Mas, tal como na Inglaterra, este privilégio contra a autoincriminação ainda estava numa fase bastante embrionária, pois apenas pretendia que o Estado fosse impedido de obrigar o *defendant* a prestar declarações que o pudessem incriminar, ou seja, o direito ao silêncio como o conhecemos hoje ainda não era uma realidade. É devido a este facto que alguns autores afirmam que o verdadeiro surgimento do princípio *nemo tenetur* se deu na Inglaterra, em 1836, com o *act of enabling persons indicated of Felony to make their defence by Counsel or attorney*, que veio introduzir o direito do *defendant* ser assistido por advogado. A entidade acusadora confrontava-se agora também com um advogado e não apenas com o arguido, deixado este de ser obrigatoriamente um meio de prova. Assim, aos poucos, foi começando a ser criado um verdadeiro direito ao silêncio, pois o advogado podia falar pelo arguido.

Em 1848, ainda na Inglaterra, foi criado o *Indictable Offences Act*, que estabeleceu a obrigação do juiz de informar o arguido que tem o direito ao silêncio⁷. Nos Estados Unidos da América, o conteúdo da 5.^a Emenda não ficou estático. Esta foi sujeita a mudanças ao longo dos tempos, mas a mais célebre alteração foi devida ao famoso caso *Miranda vs. Arizona*, em 1966. Houve uma extensão do direito à não autoincriminação às fases anteriores ao julgamento, principalmente aos interrogatórios policiais, permitindo o direito ao silêncio ao longo de todo o processo de inquirição e não apenas na fase de julgamento.

⁵ *Ibid.* p. 100.

⁶ RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2006, p.137.

⁷ *Ibid.* p. 138.

Foi daqui que nasceu a exigência da leitura dos *Miranda Rights* ou *Miranda warning*⁸, e caso essa advertência não fosse feita, qualquer prova que pudesse ser retirada do depoimento do arguido ou suspeito, ou qualquer confissão, considerar-se-ia inadmissível por ser forçada. A partir do momento desta decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, a leitura dos *Miranda Rights* visou “*ser uma garantia procedimental do privilégio contra a autoincriminação na medida em que adverte o acusado dos seus direitos constitucionais*”⁹.

O princípio do *nemo tenetur* foi, desta forma, começando a ser implementado nos Estados de Direito modernos e pouco tardou até encontrar abrigo também nos documentos internacionais de proteção dos Direitos do Homem, nomeadamente no art. 6.º da Convenção Europeia dos direitos do Homem. Apesar de o direito ao silêncio não estar expressamente previsto neste artigo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que ele integra a noção de “*processo equitativo*”¹⁰. Para além deste artigo, existe outra norma com especial importância para o princípio do *nemo tenetur* nos diplomas internacionais. O art. 14.º, nº3 g)¹¹ do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU. De qualquer forma, esta norma está “*implicitamente prevista no artigo 6.º da Convenção Europeia dos direitos do Homem, pois a proibição de uma autoincriminação forçada, como reconhece o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é a essência do fair trial*”¹².

Em Portugal, a primeira consagração legal do princípio do *nemo tenetur* surgiu com o Decreto de 28 de Dezembro de 1910. Este decreto apenas versava sobre a vertente do direito ao silêncio do princípio da não autoincriminação ao dizer que “*nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, com execução das perguntas relativas à sua identidade, devendo o juiz informá-lo expressamente desse*

⁸ “*You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law (...)*”.

⁹ PINTO, LARA SOFIA, op. cit., 2010, pp. 103 e 104.

¹⁰ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 119, nota 8.

¹¹ “*Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada*”.

¹² RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2006, p.141.

*direito (...)*¹³. Sabe-se que foi esta a primeira previsão legal do princípio no direito português, mas mais de 100 anos antes, precisamente em 1789, Pascoal de Melo Freire tratou da temática do direito ao silêncio no Projecto de Código Criminal da altura. Este autor defendia que o silêncio do arguido não podia valer como verdadeira prova ou confissão¹⁴. Após o Decreto de 1910 que atribuía o direito ao silêncio do arguido em julgamento, veio o Código de Processo Penal de 1929 que consagrou, igualmente, o direito ao silêncio na fase da audiência de julgamento, alargando-o mais tarde às fases processuais anteriores com o DL n.º 185/72. Todavia, este mesmo direito não correspondia àquele que hoje conhecemos, pois podiam ser usadas confissões antes do julgamento ou primeiro interrogatório como prova em audiência de julgamento. Prática que era muito comum na época do Estado Novo, onde eram feitas investigações policiais extremamente agressivas antes de ser instaurado formalmente um processo¹⁵.

Será necessário lembrar que, mesmo estando o direito ao silêncio tutelado no Código Processo Penal de 1929, este não tinha muita aplicabilidade prática, visto que a sua utilização era valorada negativamente pelos julgadores, que viam o direito ao silêncio como indício de culpabilidade¹⁶. O facto de as decisões não necessitarem de fundamentação complicava ainda mais o combate a este tipo de convicção, uma vez que era impossível saber se a decisão do julgador tinha sido feita com base no silêncio do arguido ou não¹⁷.

Com o novo Código de Processo Penal (de 1987), o princípio do *nemo tenetur* adquiriu uma verdadeira relevância prática, pois foram feitas várias reformas neste tema, como a proibição da valoração negativa do silêncio, a proibição de utilizar provas que tenham

¹³ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 10.

¹⁴ FREIRE, PASCOAL DE MELO *apud*. DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, *op. cit.*, pp. 10 e 11.

¹⁵ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ Nas palavras do professor SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português: Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objeto*, VOL. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 75, nota 3, é necessário fazer uma nota de ordem prática. É verdade que, hoje em dia, o arguido tem o direito de “*não responder a perguntas feitas por qualquer entidade, sobre factos que lhe forem imputados, e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*” [art. 61.º, n.º1, al. d) do CPP actual], e também é certo que o silêncio do arguido não o pode desfavorecer (art. 343.º, n.º1). Mas não deve ser esquecido que as declarações do arguido constituem para este um meio de defesa, daí que muitas vezes se entenda que, “*se o arguido não se pretende defender, mais facilmente o tribunal irá dar crédito às provas que suportam a acusação*”. Será necessário então retirar as consequências práticas derivadas da experiência comum da não utilização desta oportunidade de defesa.

¹⁷ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, *op. cit.*, p. 13.

surgido da violação do direito ao silêncio, a obrigação de fundamentar as sentenças, entre outras. No fundo, apesar de o princípio do *nemo tenetur* estar previsto e consagrado há vários anos, apenas a partir do mais recente Código de Processo Penal é que podemos ver uma verdadeira efetividade prática deste princípio.

2. NEMO TENETUR NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

A evolução da jurisprudência Europeia em geral neste tema está, em grande parte, associada à evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Este tem como missão garantir o respeito dos princípios inscritos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Apesar de o princípio do *nemo tenetur* não estar, como já foi dito, expressamente previsto nessa Convenção, o Tribunal entende que o direito à não autoincriminação está integrado no conceito de processo justo e equitativo, que se encontra regulado no seu artigo 6.º. Desta forma, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio a densificar e aperfeiçoar o princípio do *nemo tenetur* no espaço europeu ao longo dos anos. O estudo das decisões do Tribunal que tratam desde princípio revela-se extremamente vasto devido ao grande número de acórdãos que versam sobre a matéria em questão. Assim, irei apenas analisar aqueles que são considerados os casos mais relevantes, aqueles que trouxeram os avanços mais significativos para o direito à não autoincriminação.

Antes de começar a análise das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, será prudente analisar um dos primeiros acórdãos sobre o tema a nível Europeu, que foi decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁸ em 1989. Este acórdão nasceu do caso *Orkem vs. Comissão*¹⁹, onde esta, devido ao atual art., n.º 101 do Tratado do Funcionamento da União Europeia sobre as regras comuns relativas à concorrência, solicitou informações a várias empresas, entre as quais se encontrava a empresa Orkem. Esta empresa contestou o pedido de informações, mas acabou por ser obrigada a ter de as

¹⁸ Até 2007 referido como Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

¹⁹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0374>.

prestar de qualquer modo. Perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, a empresa Orkem afirmou que “a Comissão a obrigou a incriminar-se a si própria, a confessar ter infringido as regras da concorrência, e a denunciar outras empresas. Ao agir deste modo, a Comissão teria violado o princípio geral que consagra o direito a não testemunhar contra si próprio²⁰”. A questão fundamental neste processo é a de “saber se existe um direito á não autoincriminação nos processos sancionatórios de concorrência e, a existir, qual a sua extensão.”²¹ O Tribunal decidiu este caso em dois famosos parágrafos que ainda hoje são citados:

“A Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa. Deste modo, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão²²”. Esta decisão não só respondeu à questão neste caso concreto, mas também ajudou à resolução de muitos outros casos semelhantes que apareceram mais recentemente, visto que foi adotada no Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência no seu considerando 23²³. Retira-se desta sentença que o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Orkem*, foi um dos primeiros a ter conta o princípio *nemo tenetur* para as pessoas coletivas.

Sabendo agora o ponto de partida jurisprudencial no espaço europeu, e tendo a jurisprudência Orkem marcado o rumo da subsequente jurisprudência comunitária, irei passar à análise dos mais relevantes acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,

²⁰ Ponto 18 do Acórdão.

²¹ MARTINHO, HELENA GASPARG «O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência – Uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010, p. 151

²² Pontos 34 e 35 do Acórdão.

²³ “ (...) Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, 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 infracção.”

de modo a que sejam perceptíveis os contributos deste mesmo Tribunal para o desenvolvimento do princípio do *nemo tenetur*.

Começando pelo primeiro acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nesta matéria, segue-se a análise ao caso *Funke vs. França*²⁴ em 1993. No caso em questão, estamos a tratar de uma eventual obrigatoriedade de entrega de documentos vs. direito à não autoincriminação. Devido a uma busca ao domicílio do Sr. Funke, a administração alfandegária francesa teve o conhecimento de que foram descobertos livros de cheques de contas bancárias no estrangeiro. Funke recusou-se a fornecer às autoridades francesas os extratos dessas suas contas bancárias, pois poderiam, eventualmente, comprovar infrações penais. Devido à negação do Sr. Funke em colaborar com as autoridades francesas, os tribunais franceses determinaram a aplicação de uma sanção pecuniária por cada dia de atraso na entrega dos documentos em questão. Este caso chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, onde o Sr. Funke alegou que as autoridades francesas violaram o seu direito em não se autoincriminar ao estabelecerem a aplicação de sanções pecuniárias de modo a que, forçosamente, este cooperasse na sua própria investigação. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acabou por aderir à linha argumentativa do Sr. Funke, ao afirmar que “*as autoridades alfandegárias provocaram a condenação de Funke com o único fim de obter documentos que supunham existir, embora não tivessem certezas da sua existência (...) não estando na disposição ou não tendo condições para obter os elementos por outro meio, as autoridades estaduais procuraram compelir o queixoso a fornecer ele próprio prova das infracções que alegadamente cometera*”²⁵. Desta forma, o Tribunal entendeu que havia sido violada a garantia de um processo justo e equitativo devido à violação do direito à não autoincriminação. O tribunal, no fundo, veio afirmar que o direito à não autoincriminação não abrange apenas o direito ao silêncio. “*Está em causa um direito que não é limitado a provas de carácter testemunhal ou pessoal, mas que abrange também outras provas, como as documentais ou reais*”²⁶.

A próxima questão a ser analisada será sobre a valoração do silêncio do arguido em processo-crime. O caso *Murray vs. Reino Unido*²⁷ em 1996 trata deste tema. O Sr. Murray

²⁴ Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57809%22%5D%7D>

²⁵ Ponto 44 do Acórdão. Tradução por SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, op. cit., p. 326.

²⁶ RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2006, p.143.

²⁷ Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57980%22%5D%7D>

foi encontrado a descer as escadas de um prédio que estava a ser usado pelo *Provisional Irish Republican Army* (IRA) para manter um cidadão preso contra a sua vontade. Murray acabou por ser detido por suspeitas de sequestro. Durante todos os interrogatórios policiais e a audiência de julgamento, o Sr. Murray nunca prestou quaisquer declarações. Este acabou por ser condenado como cúmplice e encobridor de um crime de sequestro. Perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Murray alegou que a sua decisão de usar o direito ao silêncio foi valorada negativamente, na medida em que o tribunal nacional se baseou na sua omissão de prestar quaisquer declarações para o condenar. O Tribunal afirmou que “*não há dúvida que o direito a guardar silêncio durante o interrogatório policial e a prerrogativa contra a autoincriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas que se situam no coração de processo equitativo (...)*”²⁸. Uma decisão que se baseie fundamentalmente no silêncio do arguido não pode ser admissível, mas, por outro lado, o Tribunal referiu também que o direito ao silêncio não tem carácter absoluto, dizendo que “*o tribunal pode tomar em conta o silêncio do interessado na avaliação da força da prova produzida pela acusação em situações que indubitavelmente requeiram uma explicação por parte desse mesmo interessado*”²⁹. Declarou, assim, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não ter havido qualquer violação do direito ao silêncio ou direito à não autoincriminação. No fundo, “*não se pode pretender que a decisão de um acusado de ficar calado durante todo o processo-crime não traga necessariamente implicações quando o juiz tiver de avaliar as provas que contra ele existem*”³⁰.

O caso *Murray* tratava da valoração do silêncio no processo-crime. Irei agora mencionar a questão da valoração de declarações prestadas sob coacção antes da instauração do processo-crime. Para este tema, um excelente exemplo é a jurisprudência extraída do caso *Saunders vs. Reino unido*³¹, em 1996. Estava em causa uma condenação do Sr. Saunders numa pena de cinco anos por vários crimes económicos cometidos enquanto chefe executivo da empresa *Guinness PLC*. O secretário de Estado do Comércio e da Indústria Britânico, ao ter recebido informações de suspeitas de irregularidades a nível financeiro

²⁸ Ponto 45 do acórdão. Tradução por RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2006, p.144.

²⁹ Ponto 47 do acórdão.

³⁰ MENDES, PAULO SOUSA, «As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 130-131.

³¹ Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58009%22%5D%7D>.

relacionadas com a empresa *Guinness PLC*, determinou a abertura de investigações a essa mesma empresa. Os inspectores encarregados da investigação interrogaram vários colaboradores da empresa em causa, entre os quais se encontrava o Sr. Saunders. Este respondeu às perguntas que lhe foram feitas, pois a recusa de cooperação seria punida como desobediência qualificada, que implicaria uma multa ou pena de prisão até dois anos. Mais tarde, acabou por ser aberto um processo-crime e, com base nas provas adquiridas nos interrogatórios anteriores à instauração do processo, Saunders foi condenado em cinco anos de prisão. Houve um recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, onde o Sr. Saunders alegou que fora violado o seu direito à não autoincriminação por o terem obrigado a prestar declarações. O Tribunal foi consistente com a sua jurisprudência, dizendo que “*o direito à não autoincriminação, em especial, pressupõe que, em matéria penal, a acusação deve procurar provar a sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos mediante medidas coercivas ou opressivas, desrespeitando a vontade do arguido. Neste sentido, este direito está intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência consagrado no art. 6.º parágrafo 2.º da Convenção (art. 6-2)*”³². Assim, o Tribunal decidiu que tinha havido uma violação do processo justo equitativo, não podendo ser usadas como provas as declarações prestadas sob coacção.

Este acórdão acabou por ficar muito famoso e foi citado várias vezes, embora, curiosamente, não tanto em casos de depoimentos prestados sob coacção, mas antes em situações de obrigatoriedade de sujeição a exames ou entrega de documentos. Isto deveu-se ao facto de o Tribunal ter delimitado negativamente o direito à não autoincriminação neste acórdão, ao dizer que este direito “*concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contraentes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contando que tais dados existiam independentemente da vontade do suspeito, tais como, inter alia, os documentos adquiridos com base em mandado, as*

³² Ponto 68 do Acórdão. Tradução por RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2006, p.147.

recolhas de saliva, sangue e urina, bem como tecidos corporais com vista a uma análise de ADN.”³³

Por último, e atendendo agora a uma jurisprudência mais recente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem continuou a desenvolver o conceito do direito à não autoincriminação. Em 2006, no acórdão *Jalloh vs. Alemanha*³⁴ é tratada a questão da admissibilidade de provas obtidas através de exames forçados. Fala-se, mais precisamente, sobre a administração forçada de substâncias. O Sr. Jalloh foi visto a tirar da boca pequenos sacos de plástico e a entregá-los em troca de dinheiro. A polícia deteve-o, mas o suspeito engoliu imediatamente o último saco de plástico que tinha, não tendo, desta forma, sido encontradas drogas na sua posse. O Ministério Público alemão ordenou então a administração imediata de uma substância indutora do vômito, conseguindo então recuperar o saco de plástico que o suspeito tinha engolido, que continha 0,218 gramas de cocaína. Jalloh acabou por ser condenado por um ano de prisão com execução suspensa pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes. O caso chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, onde o Sr. Jalloh alegou ter sido violado o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal acabou por dar razão queixoso num acórdão que ficou especialmente famoso, devido ao facto de ter sido o primeiro a elencar os critérios gerais para aferir se houve violação ou não do princípio do *nemo tenetur*. De modo a fazer esta determinação, o Tribunal terá de considerar os seguintes factores: “(1) a natureza e o grau de compulsão usado para obter a prova, (2) a relevância do interesse público na investigação e punição do crime em análise, (3) a existência de medidas de salvaguarda relevantes no procedimento, (4) e a utilização dada ao material probatório”³⁵. No caso em questão, o Tribunal considerou que “a medida impugnada visava um traficante de rua que vendia drogas à sua pequena escala e que foi, a final, condenado numa pena de prisão com suspensão de execução, (...) o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e mental”³⁶.

³³ Ponto 69 do Acórdão. Tradução por MENDES, PAULO DE SOUSA, op. cit., p. 133.

³⁴ Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307#%7B%22itemid%22:%5B%22001-76307%22%7D>.

³⁵ Ponto 117 do Acórdão. Tradução por SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, op. cit., pp. 333 e 334.

³⁶ Ponto 119 do Acórdão. Tradução por MENDES, PAULO DE SOUSA, op. cit., p.135.

Após esta análise de vários acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e um do Tribunal de Justiça da União Europeia, creio que o maior contributo que tivemos de toda esta jurisprudência foi a aceitação de que o *nemo tenetur* não é um direito absoluto. É certo que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apelou à maior aplicação do direito à não autoincriminação na comunidade europeia, como se viu nos acórdãos Funke, Saunders e Jalloh, mas, por outro lado, não pretende que essa aplicação seja feita sem qualquer ponderação, como foi afirmado principalmente no acórdão Murray. O Tribunal de Justiça da União Europeia partilha deste mesmo entendimento, mas dá menos garantias ao arguido nesta matéria, uma vez que da jurisprudência Orkem podemos retirar que as pessoas colectivas têm um dever de colaboração com as autoridades Reguladoras, algo que não se pode dizer que exista na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Por causa desta divergência, muitas empresas têm vindo a alegar que a jurisprudência Orkem está ultrapassada devido às mais recentes decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. HELENA GASPAR MARTINHO³⁷ não concorda com este entendimento, argumentando que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem admite que o direito à não autoincriminação não é absoluto, podendo ser limitado em determinados casos. Acresce ainda, entre outros motivos, que os acórdãos deste Tribunal foram elaborados com base em casos de pessoas singulares, que se demonstram ser significativamente diferentes dos casos em que o queixoso é uma pessoa coletiva. Esta questão será retomada na parte final desta dissertação, onde iremos ver que, ainda hoje, o acórdão Orkem tem influência no nosso regime legal da supervisão.

3. A fundamentação constitucional do princípio *nemo tenetur*

Com a análise dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conseguimos ficar com a ideia de como o princípio veio a evoluir no espaço europeu, o que, conseqüentemente, teve implicações na evolução do direito à não autoincriminação em todos os ordenamentos jurídicos neste mesmo espaço. Alterando agora o rumo desta

³⁷ MARTINHO, HELENA GASPAR, op. cit., pp. 166 e 167.

dissertação, irei explorar os fundamentos deste princípio e o seu conteúdo à luz do ordenamento jurídico Português.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como o do Brasil ou o dos Estados Unidos da América, não existe qualquer consagração na Constituição da República Portuguesa que preveja o direito à não autoincriminação. Mas, tal como sucede na Alemanha, tanto a jurisprudência como a doutrina têm entendido que o princípio do *nemo tenetur* tem uma natureza constitucional implícita, ou seja, mesmo não estando expressamente previsto na nossa Lei Fundamental, o direito à não autoincriminação vale como se tivesse consagração constitucional³⁸. Não se discute que este direito tem natureza constitucional, mas já parece haver alguma controvérsia em relação aos preceitos ou aos princípios que fundamentam este mesmo direito. Para responder a esta questão, de um lado temos a corrente material ou substantiva, que se contrapõe à corrente processualista³⁹.

3.1. Corrente substantiva ou material e corrente processualista

A corrente material, como é acolhida na maioria da doutrina e jurisprudência alemãs, defende que o princípio do *nemo tenetur* está baseado em alguns direitos fundamentais, nomeadamente *“na dignidade da pessoa humana proclamada no 1º artigo da Constituição da República Portuguesa. Ainda dentro da mesma corrente, outros concebem aquele direito como reflexo dos direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, vertidos nos artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa”*⁴⁰.

³⁸ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare», Parte II, *Revista do Ministério Público* 109/2007, pp. 58 e 59, e também MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, pp.122 e 123.

³⁹ Para uma análise aprofundada da corrente processualista e da corrente material V. RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2007, p. 59 e ss.

⁴⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas», *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 40.

Por outro lado, na corrente processualista, o direito à não autoincriminação deriva das garantias processuais do arguido consagradas no texto constitucional, principalmente “*no princípio do processo equitativo e no princípio da presunção de inocência, consagrados, designadamente, nos artigos 20.º, n.º 4, 32.º, n.º 2 e n.º 8 da Constituição da República portuguesa*”⁴¹.

Na doutrina portuguesa⁴², a corrente processualista é a mais aceite e divulgada, mas isso não significa que a corrente material não tenha qualquer cabimento, até porque, nas palavras dos professores JORGE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE⁴³, “*sem dúvida que através do reconhecimento e consagração dos direitos do arguido, e concretamente do seu direito ao silêncio e a não ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, se protegem direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana*”. Estes autores aceitam que a existência de um direito à não autoincriminação acaba por concretizar direitos fundamentais e mesmo a dignidade da pessoa humana, mas, no entendimento destes autores, “*o fundamento imediato deste direito reside nas concretas garantias processuais que a Constituição prevê em matéria criminal. (...) Reconhecer-se que este direito processual é um meio ou forma de concretizar um determinado direito fundamental não implica que esse seja o seu fundamento direto e imediato*”⁴⁴.

O mesmo entendimento pode ser encontrado na jurisprudência em geral e até mesmo no Tribunal Constitucional, que já se veio a pronunciar sobre o fundamento do direito ao silêncio no acórdão n.º 695/95⁴⁵. O Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a norma constante no artigo n.º 2 do art. 342.º do Código Processo Penal, que obrigava o arguido a responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais perante o juiz. “*O Tribunal entende que a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formuladas no início da audiência de julgamento viola o*

⁴¹ *Ibid.* p. 41.

⁴² A favor desta corrente processualista: RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., 2007, pp. 69 e 70, DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., pp. 41 e 42, DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., pp. 15 e 16, PINTO, LARA SOFIA, op. cit., 2010, pp. 106 e 107, MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, pp. 124 e 125, entre outros.

⁴³ DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 41.

⁴⁴ *Ibid.* p. 41.

⁴⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950695.html>.

direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”⁴⁶. Como podemos confirmar por este excreto do acórdão, o Tribunal Constitucional afirma que o direito ao silêncio está inserido nas garantias de defesa do arguido, que estão asseguradas no artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa. Assim, contrariamente ao que sucede na Alemanha, é diminuta a doutrina em Portugal que defende uma conceção material da fundamentação do princípio do *nemo tenetur*, sendo, desta forma, comumente aceite a corrente processualista.

II – O princípio *nemo tenetur* no direito processual penal

1. Âmbitos de aplicação do *nemo tenetur*

Apesar de já ter referido esta questão na análise dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a discussão acerca do âmbito de aplicação do princípio do *nemo tenetur* ainda hoje é relevante na doutrina e creio que será prudente analisar esta temática de forma independente. No fundo, será que o princípio do *nemo tenetur* abrange tanto as declarações do arguido como o direito de não contribuir com meios de prova, ou, por outro lado, será que apenas pretende tutelar o direito ao silêncio enquanto declarações orais? Há, na doutrina, principalmente, duas correntes. “*Por um lado, temos uma visão maximalista que, embora admita a possibilidade de limitar este direito, entende que o direito à não autoincriminação se estende a outras formas de cooperação do arguido na produção de prova, passíveis de o incriminar, que não apenas as declarações orais. (...) já posição diferente (visão minimalista) têm aqueles que, relativamente às diligências de prova, não consideram possível invocar o direito à não autoincriminação (...)*”⁴⁷. Esta visão minimalista⁴⁸ assenta principalmente no argumento de que o art. 60.º do Código de

⁴⁶ Ponto 13 do acórdão.

⁴⁷ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 134.

⁴⁸ Neste sentido, PINTO, FREDERICO LACERDA DA COSTA, «Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação», *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 95 a 100, e também MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, pp. 134 e 135.

Processo Penal, apesar de atribuir direitos e deveres ao arguido, ressalva que esses mesmos direitos e deveres não devem prejudicar as diligências probatórias. Para este entendimento, o arguido está sujeito a diligências de prova nos termos da alínea d) do n.º 3 do art. 61.º do Código de Processo Penal⁴⁹, diligências essas que devem ser efetuadas nos termos da lei, não podendo comportar ofensas à integridade física ou moral das pessoas, sob pena de nulidade de prova que irá cair no art. 126.º do Código de Processo Penal⁵⁰. Mas, ainda nesta linha de pensamento, se este art. 61.º, n.º3, alínea d) permitisse uma visão maximalista do *nemo tenetur* ao abranger tanto as declarações do arguido como a sua sujeição a diligências de prova, então esta disposição “ficaria totalmente desprovida de sentido (...) a descoberta da verdade material ficaria assim irremediavelmente comprometida”⁵¹, visto que o direito à não autoincriminação iria prevalecer sobre a sujeição a diligências de prova.

Do outro lado da doutrina⁵², é aceite uma visão maximalista do direito à não autoincriminação, ao afirmar que este engloba tanto as declarações do arguido como a sua sujeição a diligências de prova. Se a fundamentação do *nemo tenetur* assenta principalmente no processo justo e equitativo e na presunção de inocência (arts. 20.º, n.º4 e 32.º, n.º 2 e n.º8 da Constituição), é facilmente compreensível e aceitável que o princípio do *nemo tenetur* deva ser designado como o direito que alguém tem em não se autoincriminar. Tendo isto em contra, e a meu ver, é necessário que o direito à não autoincriminação abranja tanto o direito ao silêncio como o direito em não contribuir com meios de prova⁵³. De que serviria o direito ao silêncio se sou obrigado a entregar documentos ou outros elementos que me irão incriminar? Se assim fosse, a negação do direito a não contribuir com meios de prova iria inevitavelmente limitar o direito ao silêncio, tornando-o

⁴⁹ “Recai em especial sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente”.

⁵⁰ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, pp. 133.

⁵¹ *Ibid.* p. 135.

⁵² Neste sentido, entre outros, PINTO, LARA SOFIA, op. cit., 2010, pp. 104, DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 39, DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., p. 24 e ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 56, ponto 27.

⁵³ Este entendimento tem sido seguido pelo Tribunal Constitucional. “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* abrange, (...) como corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, nomeadamente documentos.” - ACÓRDÃO N.º 461/2011. “Este princípio, além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a prestação de informações ou a entrega de documentos autoincriminatórios.” - ACÓRDÃO N.º 340/2013.

inutilizável em alguns casos onde a contribuição ou sujeição obrigatória a diligências de prova equivaleria, na prática, a uma confissão. Vários são os argumentos a favor desta tese, começando pelo facto de a lei, no art. 61.º, n.º3, alínea d), apenas referir uma “sujeição” a diligências de prova, podendo-se afirmar que o arguido não tem um dever de colaborar na obtenção de prova, principalmente quando esta possa ser incriminatória para si⁵⁴. Para além disto, “*parece irrefutável que as declarações orais não são ao único meio através do qual alguém se pode autoincriminar. Pois não é verdade que (por exemplo) o sopro no balão por quem conduz, embriagado contribui tanto, se não mesmo mais, para a sua própria autoincriminação? (...) Quem é forçado a prestar declarações, a entregar documentos, ou a ceder ar, sangue, saliva ou urina, não só se torna um objeto de prova como pode produzir prova contra si mesmo.*”⁵⁵ Desta forma, sabendo que o propósito do princípio constitucional *nemo tenetur* é o direito em não contribuir para a sua própria incriminação, uma visão minimalista do direito à não autoincriminação parece ser lesiva dos direitos fundamentais. No fundo, e nas palavras dos autores AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS⁵⁶, uma visão que não abranja a sujeição a diligências de prova no princípio do *nemo tenetur*, acaba por encurtar esse mesmo princípio, ficando este “*cingido às declarações orais, coincidindo praticamente com o direito ao silêncio*”.

Mesmo sendo um direito protegido constitucionalmente, este não é absoluto, podendo ser restringido caso se oponha a direitos ou interesses com valores sociais e constitucionais superiores. Assim, não valem como argumento contra esta visão maximalista do princípio do *nemo tenetur* situações em que existe, efetivamente, uma obrigatoriedade a sujeição de diligências de prova. Um bom exemplo para este caso será a obrigatoriedade de uma sujeição a um teste de alcoolemia por parte de um condutor de um automóvel. É certo que tal exame invade a vida privada do condutor e pode até acabar por levar à sua autoincriminação⁵⁷, mas não é pelo facto de este exame ser obrigatório que se pode dizer que o princípio do *nemo tenetur* não opera quanto a diligências de prova, apenas tutelando as declarações do arguido. Na verdade, esta obrigação de sujeição a exame deve-se a uma restrição do seu direito constitucional de não se autoincriminar imposta por motivos de

⁵⁴ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, pp. 134.

⁵⁵ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., p. 24.

⁵⁶ *Ibid.* p. 24.

⁵⁷ *Ibid.* p. 25.

interesse social superiores. É sabido que a condução em estado de embriaguez eleva significativamente o risco de sinistralidade no trânsito rodoviário, o que coloca em perigo a vida de várias pessoas que se possam cruzar na estrada com um condutor sob os efeitos de álcool. Devido a este motivo, impõe-se, e bem, uma obrigatoriedade de sujeição dos condutores a testes de alcoolémia em prol de um interesse social constitucional superior que se prende, essencialmente, com à integridade física e direito à vida da população em geral. Mais acresce que esta obrigatoriedade de sujeição a exame acaba por não ser uma afronta direta ao direito à não autoincriminação, uma vez que “*a finalidade destes testes é preventiva e não repressiva: visa principalmente apurar se o condutor está em condições de prosseguir o exercício da condução.*”⁵⁸ Ou seja, apesar de mais tarde o condutor apanhado a conduzir sob o efeito de álcool enfrentar possíveis processos criminais ou contraordenacionais, a função do teste de alcoolémia não é a de ser uma diligência de prova que sirva para a eventual condenação do condutor. Esta medida pretende, principalmente, acautelar um interesse social, prevenindo pessoas de conduzir sob o efeito de álcool.

É certo que a utilização da prova obtida através do teste de alcoolemia contra o próprio condutor coloca em causa o princípio do *nemo tenetur*, mas, neste caso, e em alguns outros casos mais extremos onde a obtenção de provas não pode ser alcançada sem a contribuição do arguido/suspeito/entidade supervisionada/etc., o combate ao crime ou à contraordenação pode ser um limite ao direito à não autoincriminação, isto porque, se não for possível encontrar provas, não é possível haver uma condenação pelos factos ilícitos praticados. Isto levaria a que as funções da prevenção geral negativa fossem inexistentes, pois essas condutas nunca seriam punidas. Mais acresce que seria posto em causa o Estado de Direito Democrático, visto que nestes casos, ao não haver condições de investigar e, eventualmente, acusar e condenar quem praticou factos ilícitos, não seria possível acautelar a efetivação dos Direitos, Liberdades e Garantias em geral. Seria uma situação onde, ao se pretender defender o direito contra a autoincriminação, acabaria por se danificar de tal modo a efetividade da tutela penal que alguns crimes seriam simplesmente impossíveis de punir. “*Assim, tem vindo a sedimentar-se o entendimento que este direito à não autoincriminação respeita, essencialmente, ao direito ao silêncio e já não também ao*

⁵⁸ *Ibid.* p. 26.

direito de não ser compelido a realizar determinados exames com vista à obtenção de provas, não alcançáveis por outra via”⁵⁹.

Em suma, o princípio do *nemo tenetur* parece abarcar tanto o direito ao silêncio como o direito a não fornecer meios de prova, sendo certo que eventuais obrigações de sujeição a certas diligências probatórias não obstam à validade deste princípio na sua vertente de direito a não fornecer meios de prova, apenas ocorrendo aqui uma limitação deste direito, seja principalmente por motivos de prevenção, ou, excecionalmente, por motivos de combate ao crime ou à contraordenação. Se assim não fosse, se o princípio do *nemo tenetur* não pretendesse tutelar o direito a não fornecer meios de prova, ele acabaria, como já foi dito, por coincidir com o direito ao silêncio, mas o direito à não autoincriminação não se prende apenas com o direito ao silêncio, indo, também na minha opinião, mais além: “*sempre que o suspeito (ou arguido) seja induzido ou coagido, por forma mais ou menos ativa ou mais ou menos intelectualmente elaborada, a colaborar na sua inculpação, cai-se na esfera de proteção do nemo tenetur*”⁶⁰.

1.2 Contornos do princípio na lei processual penal

Como já foi referido, “*a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio (nemo tenetur), no direito processual português, como quanto à sua natureza constitucional*”⁶¹. Mas, para além desta natureza constitucional implícita, o Código de Processo Penal tutela uma das vertentes do princípio do *nemo tenetur*. No art. 61.º, n.º1, alínea d)⁶² deste mesmo código, encontra-se consagrado o direito ao silêncio.

⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 82/15.0GBPVL.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4b0d8ce6c73433818025808e004d6a1f?OpenDocument>.

⁶⁰ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., p. 34.

⁶¹ DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 39.

⁶² “*O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, do 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*”.

O direito ao silêncio é passível de ser invocado sempre que o arguido tenha de prestar declarações em interrogatórios realizados pelas autoridades judiciárias ou pelos órgãos de polícia criminal e, ainda, perante o juiz⁶³. O direito ao silêncio encontra-se tipificado no art. 61.º, n.º1, alínea d) do Código de Processo Penal, mas não é esta a única disposição que trata deste assunto. Este direito é desenvolvido em várias outras disposições constantes neste mesmo código, como se pode confirmar, entre outros, nos arts. 58.º, n.º2, 141.º, n.º4, alínea a); 343.º, n.º1; e 345.º, n.º1. O arguido tem o direito ao silêncio, “*devendo ser informado, antes de qualquer interrogatório, que goza desse direito e devendo ser esclarecido que o seu direito ao silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor e ainda que, caso se disponha a prestar declarações, pode recusar a resposta a alguma ou todas as perguntas sem que isso o possa desfavorecer*”⁶⁴. Em suma, e como refere SOFIA SARAIVA DE MENEZES⁶⁵, daqui podemos retirar algumas conclusões: em primeiro lugar, o arguido deve sempre ser advertido da existência do seu direito ao silêncio, devendo, ainda, ser informado de que esse mesmo silêncio pode ser total ou parcial. Por último, há que referir sempre ao arguido que o seu silêncio, em caso algum, poderá ser valorado contra si mesmo. Mas, como já foi explicitado *supra* nesta dissertação, apesar de o silêncio não poder ser valorado como indício de culpa, a verdade é que, ao ficar calado, o arguido opta por não usufruir de uma oportunidade que tem para se defender da acusação em causa. O arguido não pode ser prejudicado de um ponto de vista jurídico, mas, do ponto de vista dos factos, o seu silêncio pode estar a contribuir para uma acusação mais forte, na medida em que o arguido não está a prestar nenhum elemento que possa afastar ou enfraquecer essa acusação. Nas palavras do professor FIGUEIREDO DIAS⁶⁶, o exercício do direito ao silêncio pode, efetivamente, prejudicar o arguido se desse silêncio derivar um “*definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infração*”. A mesma linha de pensamento tem sido adotada pela jurisprudência portuguesa, visto que “*tem entendido o Supremo Tribunal de Justiça que o silêncio, sendo um direito do arguido, não pode prejudicá-lo, mas também dele não pode colher benefícios. Se o arguido prescinde, com o silêncio, de*

⁶³ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 126.

⁶⁴ DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 42.

⁶⁵ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 127.

⁶⁶ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, pp. 448 e 449, *apud*, MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 129.

dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem um conhecimento pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio⁶⁷. É devido a este motivo que alguns autores, como SOFIA SARAIVA DE MENEZES, entendem que existe uma certa imprecisão no n.º1 do art. 343.^{o68}, na medida em que se o presidente apenas informar o arguido de que este tem o direito ao silêncio e que a utilização desse direito não o desfavorecerá, o arguido poderá optar por fazer uso do silêncio sem estar verdadeiramente esclarecido quanto ao seu alcance total. Assim, para esta autora, o presidente deve não apenas alertar para a existência do direito, mas também deverá explicar o seu significado mais profundo, que se prende com o facto de o arguido, ao fazer uso do direito ao silêncio, estar muito provavelmente a abdicar das circunstâncias atenuantes⁶⁹ e de uma possibilidade para se defender da acusação.

2. As consequências da violação do *nemo tenetur*

Como irei referir mais aprofundadamente próximo capítulo, o princípio do *nemo tenetur* tem algumas limitações. Nos casos em que existem outros princípios que se possam sobrepor ao direito à não autoincriminação, o arguido pode ser obrigado a prestar meios de prova e declarações e, caso não o faça, a sua recusa pode ser punida a título de desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal⁷⁰. Caso contrário, se nenhum outro princípio ou interesse constitucional se sobrepuer ao princípio do *nemo tenetur*, não existe nenhuma obrigação de prestar meios de prova ou declarações. Mas, nesta situação, se alguém, mesmo não havendo base legal, for coagido ou induzido em erro a contribuir para própria incriminação, podem surgir várias consequências jurídicas. Em primeiro lugar, em relação à validade das provas obtidas através deste modo ilícito, opera aqui o art. 126.º do Código de Processo Penal, nomeadamente os seus números 1 e 2, alíneas a) e d), que

⁶⁷ Ponto 3 do sumário do Acórdão de 10/01/2008 do Supremo Tribunal de Justiça, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5694dd5a9db5ffd0802573cc0044a3e6?OpenDocument>.

⁶⁸ “O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”.

⁶⁹ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 130.

⁷⁰ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., pp. 35 e 36.

prevêem a nulidade de tais provas, não podendo ser utilizadas⁷¹. Este artigo decorre da garantia constitucional de processo criminal assegurada no art. 32.º, n.º8 da Constituição da República Portuguesa. A nulidade de prova é tão grave, que chega a ter um regime que atribui mais garantias ao arguido que as nulidades insanáveis, visto que estas só podem ser arguidas até ao momento anterior ao trânsito em julgado, enquanto uma nulidade de prova é fundamento para um recurso extraordinário de revisão de sentença, como se pode confirmar pela alínea e) do número 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal. Por último, é ainda importante referir que a utilização deste tipo de métodos de obtenção de provas não só inutiliza qualquer prova daí decorrente, como também abre espaço para proceder criminalmente contra os agentes que fizeram uso destes métodos, tal como decorre do número 4 do art. 126.º do Código de Processo Penal.

3. Restrições legais ao princípio do *nemo tenetur*

A evolução jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ajudou a solidificar a ideia de que o princípio do *nemo tenetur* não tem carácter absoluto. No ordenamento jurídico português, as restrições ao direito à não autoincriminação “*devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência da legalidade, e devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º2 da CRP*”⁷². No Código de Processo Penal podemos identificar vários casos que impõem a colaboração do arguido, não podendo este fazer uso do direito à não autoincriminação. Em primeiro lugar, existe uma obrigação do arguido responder com verdade às questões sobre a sua identidade, como se verifica nos arts. 61.º, n.º3, alínea b) e 342.º do Código de Processo Penal. Caso não cumpra com este dever, o arguido pode incorrer em responsabilidade criminal pelo crime de desobediência (art. 348.º do Código Penal) ou de falsas declarações (art. 359.º do Código Penal)⁷³. Este dever justifica-se pelo facto de a identificação do arguido ser necessária para a continuação do processo penal e,

⁷¹ *Ibid.* p. 36.

⁷² DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 45.

⁷³ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 127.

para além disso, a disponibilização de tais informações por parte do arguido em nada contribui para a sua culpabilidade. A autora SOFIA SARAIVA DE MENEZES⁷⁴ faz uma referência a este aspeto, relembrando a antiga redação do n.º 2 do art. 342.º do Código de Processo Penal que, ao obrigar o arguido a responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais, foi declarado inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência e as garantias de defesa do arguido em geral. Esta autora afirma que, hoje, pelo facto de o arguido ter que responder com verdade a perguntas sobre a sua identidade, juntamente com os arts. 274.º e 295.º⁷⁵ do Código de Processo Penal, no fundo, a nova redação do art. 342.º em nada mudou o regime, visto que o juiz irá continuar a ter conhecimento dos antecedentes criminais do arguido na altura da audiência de julgamento, o que pode, na prática, ajudar à formação, à partida, de uma indesejada e errada convicção de culpabilidade por parte do juiz.

Para além deste caso, existem ainda, no Código de Processo Penal, mais formas de limitação ao princípio do *nemo tenetur*, como o já referido art. 61.º, n.º 3, alínea d) que obriga o arguido a sujeitar-se a diligências de prova, que pode ser complementado, por exemplo, com o art. 172.º, n.º1 do mesmo diploma que pode obrigar o arguido a sujeitar-se a exames. Existem muitas mais situações de obrigação de colaboração que limita o direito à não autoincriminação que não estão expressas no Código de Processo Penal. Um bom exemplo será o que se pode retirar do art. 18.º, n.º1, alínea a) do novo regime jurídico da concorrência (lei n.º 19/2012). Daqui consta que existe um dever por parte das empresas ou outras entidades destinatárias da actividade da Autoridade da Concorrência em entregar a esta mesma Autoridade documentos e outros elementos de informação. Irei agora analisar o princípio do *nemo tenetur* no direito das contraordenações e, em especial, esta mesma questão da entrega de documentos à Autoridade da Concorrência.

⁷⁴ *Ibid.* p. 128.

⁷⁵ “São juntas aos autos as certidões e certificados de registo, nomeadamente o certificado de registo criminal do arguido (...)”.

III – O princípio *nemo tenetur* no direito contra-ordenacional

1. Contornos do princípio no direito das contraordenações

Já vimos que o princípio do *nemo tenetur* se aplica no direito processual penal nos termos acima explicitados, mas será que o direito à não autoincriminação funciona da mesma forma no campo das contraordenações? Para responder a esta pergunta será preciso analisar o art. 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa e também o art. 41.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 433/82 (Regime Geral das Contraordenações). Neste Regime Geral das Contraordenações não se encontra nenhuma referência ao princípio do *nemo tenetur*, mas não é simplesmente por esse motivo que se pode dizer que o mesmo não opera no Direito das Contraordenações. Em primeiro lugar, existe o art.º 41.º, n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, de onde consta que “*sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal*”. Mas será que todos os preceitos reguladores do processo penal podem ser aplicados no direito contraordenacional? E em que circunstâncias deve esta aplicação ser feita? Segundo o Professor JOSÉ LOBO MOUTINHO⁷⁶, “*Tudo dependerá de um juízo estruturalmente analógico, que terá de ser levado a cabo mediante o confronto da razão de ser da garantia constitucional do processo penal com a estrutura do processo contraordenacional ou disciplinar*”. No fundo, este juízo analógico pode e deve ser feito para “*cobrir as necessidades de concreta regulamentação do processo de contraordenação*”⁷⁷, desde que não haja, em sentido contrário, uma norma contraordenacional expressa. Assim, sendo o Código de Processo Penal aplicado subsidiariamente, há poucas dúvidas que pelo menos o direito ao silêncio, como está inscrito no art. 61.º, n.º1, alínea d) do Código de Processo Penal, deve ser aplicado no direito contraordenacional por via analógica através do art. 41.º, n.º1 do Regime Geral das Contraordenações, visto que nada aponta em sentido contrário no direito contraordenacional. A doutrina parece unânime em relação à aplicação do direito ao

⁷⁶ MOUTINHO, JOSÉ LOBO, *Direito das Contra-Ordenações - Ensinar e Investigar*, 1.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 42.

⁷⁷ DIAS, AUGUSTO SILVA, *Direito das Contra-Ordenações*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 195.

silêncio no campo das contraordenações. Segundo a autora SOFIA DE SARAIVA MENEZES, “*dever-se-á aplicar o direito ao silêncio sempre que no processo em causa se possa aplicar uma sanção de carácter punitivo, mesmo não tendo carácter criminal*”⁷⁸.

Por outro lado, é mais discutível que o princípio do *nemo tenetur* seja transposto na sua totalidade para o processo contra-ordenacional, isto porque, apesar de o direito ao silêncio apenas no sentido das declarações do arguido ser aceite no campo das contraordenações através da analogia, o direito a não contribuir com meios de prova não vem tutelado no Código de Processo Penal, não sendo possível fazer uma transposição através do artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações. Mas isto não significa que esse direito não exista no processo contraordenacional. Do art. 32.º, n.º10 da Constituição da República Portuguesa consta que “*nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”. Esta expressão dos ‘direitos de defesa’ “*não se cinge estritamente aos direitos do suspeito ou do arguido a conhecerem os factos que lhes são imputados, requererem a produção de novos meios de prova, ou serem assistidos por defensor (...)* Na verdade, o direito do arguido a defender-se não pode ser concebido em separado dos princípios a partir dos quais a defesa pode ser estruturada e desenvolvida. Aquela expressão engloba assim as garantias de defesa que se afiguram plenamente pertinentes e adequadas ao processo contraordenacional como a presunção de inocência, o *ne bis in idem*, o *nemo tenetur se ipsum accusare (...)*”⁷⁹. É este também “o sentido da posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quando estende o princípio a toda a «acusação de natureza penal» e atribui a «penal» o significado abrangente de «punitivo» ou «sancionatório»”⁸⁰.

⁷⁸ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 127.

⁷⁹ DIAS, AUGUSTO SILVA, *Direito das Contra-Ordenações*, op. cit., p. 194. No mesmo sentido ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 138 e 139, anotação 3 ao art. 41.º e ANASTÁCIO, CATARINA, «O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 206 e 207, entre outros.

⁸⁰ DIAS, AUGUSTO SILVA, «O Direito à Não Auto-inculpação no âmbito das contraordenações do Código dos Valores Mobiliários», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 244 e 245.

2. Autoridade de supervisão vs. *Nemo tenetur* no Direito das contraordenações

2.1 Delimitação do problema

O princípio do *nemo tenetur* teve a sua origem em sede de processo penal, mas isso não implica que seja esse o único domínio onde este princípio tenha aplicação. Vários são os conflitos emergentes entre a aplicação do direito à não autoincriminação e o dever de cooperação que recai tanto sobre pessoas singulares como pessoas coletivas. Uma das maiores referências neste tema encontra-se no domínio da concorrência, que está sujeito à atividade estadual de supervisão gerida por uma entidade reguladora independente, designada por Autoridade da Concorrência⁸¹.

A Autoridade da Concorrência, de acordo com o art. 6.º do Decreto-Lei n.º 125/2014 (Estatutos da Autoridade da Concorrência), tem poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação que a permitem assegurar o cumprimento da sua missão⁸². Estes poderes, nomeadamente os sancionatórios e os de supervisão, possibilitam que a Autoridade da Concorrência inquiria os representantes legais das empresas, sejam estes suspeitos ou não, e também que requeira às empresas quaisquer documentos ou elementos de informação que considere relevantes⁸³, tal como se pode confirmar pelos arts. 18.º, n.º1 e 43.º, n.º2 da Lei n.º 19/2012 (Lei da Concorrência). A esta faculdade atribuída à Autoridade da Concorrência contrapõe-se um dever de colaboração por parte das empresas ou outras entidades destinatárias da actividade da Autoridade da Concorrência, que se encontra expresso no art. 8.º nos Estatutos da Autoridade da Concorrência. O incumprimento deste dever de cooperação constitui uma contraordenação nos termos do art. 68.º, n.º1 da Lei da Concorrência, nomeadamente nas alíneas h), i) e j). Para além de um eventual processo

⁸¹ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa», *Revista de Concorrência e de Regulação, Ano I, n.º 1*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 176.

⁸²«A AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.» - Art. 1.º, n.º3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência.

⁸³ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., p. 177.

contraordenacional, “a falta de colaboração poderá ainda ser punida a título de desobediência simples, nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b) do Código Penal”⁸⁴.

Antes de avançar mais nesta questão, será importante mencionar ainda dois aspetos. Em primeiro lugar convém saber que, de acordo com a Lei da Concorrência, as práticas restritivas da Concorrência encontram-se tipificadas nos arts. 9.º, 11.º e 12.º dessa mesma lei. Mais acresce que “os processos por infração ao disposto nos artigos 9.º, 11.º e 12.º regem-se pelo previsto na presente lei e, subsidiariamente, pelo regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro”⁸⁵, ou seja, estamos perante infrações de mera ordenação social, sendo o princípio do *nemo tenetur* aplicável nos termos explicitados no capítulo anterior. Em segundo lugar, estas infrações são tipicamente cometidas por pessoas coletivas. Desta forma, será necessário referir o modo de como o princípio do *nemo tenetur* se irá aplicar às pessoas coletivas. Em relação a este tema, deve ser referido o art. 12.º, n.º 2 da Constituição que vem estender a titularidade dos direitos constantes na Lei fundamental às pessoas coletivas, sempre que esses direitos sejam compatíveis com a sua natureza⁸⁶. O direito à não autoincriminação, como já foi dito, é um direito constitucional implícito e a sua natureza é compatível com a natureza da pessoa coletiva, visto que, contrariamente ao direito à vida e outros direitos pessoalíssimos que apenas têm sentido em relação a uma vida humana⁸⁷, um privilégio contra a autoincriminação é algo que facilmente se adequa tanto a pessoas singulares como pessoas coletivas. Assim, o princípio do *nemo tenetur* aplica-se também às pessoas coletivas, mas convém lembrar que “mesmo quando um direito fundamental é compatível com a natureza da pessoa coletiva e portanto suscetível de titularidade «coletiva», a doutrina e jurisprudência nacionais reconhecem que o seu exercício não terá lugar nos mesmos termos e com a mesma amplitude do que quando o titular é uma pessoa singular.”⁸⁸

Voltando à questão em causa sobre os deveres de colaboração com a Autoridade da Concorrência, podemos concluir que “a consagração de deveres de cooperação suscetíveis

⁸⁴ *Ibid.*, p. 177.

⁸⁵ Artigo 13.º, n.º1 da Lei da Concorrência.

⁸⁶ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, op. cit., p. 39.

⁸⁷ *Ibid.* p. 39.

⁸⁸ *Ibid.* p. 40. Neste sentido também MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, op. cit., 2010, p. 128.

de conduzir à autoincriminação e a consagração de sanção pelo incumprimento desses deveres constituirão sempre uma restrição àquele princípio (nemo tenetur) ”⁸⁹. Como já foi referido inúmeras vezes, o direito à não autoincriminação não é absoluto, podendo ser limitado face a outros direitos, liberdades ou garantias de valor igual ou superior, desde que tal limitação seja feita de forma proporcional nos termos do art. 18.º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa. Desta forma, será necessário responder à questão que se coloca: “há que apurar se e em que medida os deveres de cooperação vigentes no direito da concorrência prevalecem ou não sobre o nemo tenetur e, caso a resposta seja afirmativa, deve apurar-se se a prova obtida em compressão do nemo tenetur pode ser utilizada em processo penal ou contraordenacional ”⁹⁰.

Antes de passar à análise da discussão sobre este tema, creio que deve ser feita uma nota de ordem prática, de modo a clarificar a forma como o princípio do *nemo tenetur* se conflita com a obrigação de cooperação com a Autoridade da Concorrência. Não é pelo simples facto de existir um dever de colaboração com a Autoridade da Concorrência que há uma violação automática ao princípio do *nemo tenetur*. “As atividades económicas ligadas ao exercício do direito de iniciativa privada (art. 61.º da Constituição da República Portuguesa) não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de proteção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular ”⁹¹. Desta forma, é aceite sem problemas o dever de cooperação numa lógica de controlo por parte da Autoridade da Concorrência, com vista ao regular funcionamento do mercado de modo a não passarem despercebidas quaisquer práticas tipificadas nos arts. 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência. Isto, por si, não atenta contra o direito à não autoincriminação. Se assim fosse, se perante uma inspeção um empresário se recusar a mostrar o livro de atas baseando-se no princípio do *nemo tenetur* sem mais, qual seria o sentido das funções de vigilância da Autoridade da Concorrência?⁹² Assim, o verdadeiro problema surge tanto em sede de processo contraordenacional já

⁸⁹ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., pp. 179 e 180.

⁹⁰ MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, anotação ao artigo 31.º, n.º5 da *Lei da Concorrência* — *Comentário Conimbricense* (Coordenação de MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, GONÇALO ANASTÁCIO), 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 459, expressão por RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., p. 180.

⁹¹ MENDES, PAULO DE SOUSA, op. cit., p. 138.

⁹² DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 47.

instaurado, como no momento em que a Autoridade da Concorrência, ao ter a suspeita de uma determinada infração, faz uso dos seus poderes de fiscalização com o fim aceder a provas disponibilizadas por parte das empresas que cumprem o dever de colaboração, autoincriminando-se.

2.2 Posição da doutrina

Como irei agora analisar, a doutrina em Portugal mostrou-se dividida em relação a este problema e, no fundo, podemos resumir as opiniões dos diversos autores em dois entendimentos. Por um lado, a maioria da doutrina afirma que os deveres de cooperação para com a Autoridade da Concorrência restringem o princípio do *nemo tenetur*, sendo que tal restrição se encontra proporcional. Por outro lado, existem alguns autores que, mesmo aceitando este entendimento à partida, acreditam que o uso dos poderes de fiscalização por parte da Autoridade da Concorrência como meio para acederem a provas disponibilizadas por parte das empresas de uma infração da qual já existe conhecimento é inconstitucional.

Quanto à ideia de que não existe qualquer inconstitucionalidade no caso em questão, são vários os autores a considerar que, com diferentes fundamentos, chegam ao mesmo resultado. Para começar, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO⁹³ afirma que o privilégio que os profissionais autorizados têm em aceder ao mercado, tem como contrapartida um regime de “*transparência absoluta*” para com a entidade que supervisiona. Este regime “*coloca «uma entidade sujeita à supervisão (...) perante um processo sancionatório» numa posição distinta da que é assumida por «um cidadão constituído arguido num processo criminal»*”⁹⁴. Assim, os poderes da Autoridade da Concorrência não prejudicam a posição jurídica dos obrigados a cooperar ao ponto de tronar em prova proibida os elementos obtidos através da obrigação de cooperação. Como já foi referido *supra*⁹⁵, este autor afirma ainda que o direito à não autoincriminação apenas

⁹³ PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, op. cit., 2009, pp. 84 e 85.

⁹⁴ SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, op. cit., p. 841 e PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, op. cit., 2009, pp. 84 e 85.

⁹⁵ V. p. 19.

abrange o direito ao silêncio enquanto declarações orais. O *nemo tenetur* não pode ter outro alcance que não seja este, visto que, caso fosse possível incluir a não sujeição a diligências de prova no direito à não autoincriminação, então a disposição do art. 61.º, n.º3, alínea d) do Código de Processo Penal ficaria sem efeito útil, colocando este preceito em contradição. Este autor conclui pela legalidade da utilização dos elementos de prova obtidos através do cumprimento dos deveres de colaboração no processo contraordenacional. Se assim não fosse, seria criada “*uma zona franca de responsabilidade: qualquer elemento entregue à supervisão que viesse mais tarde a ser relacionado com uma infracção não poderia ser usado como prova*”, seria uma espécie de “*imunidade antecipada*”. Nesta situação, o cumprimento da lei na fase de supervisão (não poder usar os elementos do dever de cooperação como prova) acabaria por impedir o cumprimento da lei na fase sancionatória, visto que não havia prova legal para sancionar as actividades ilícitas⁹⁶.

Apesar de chegarem à mesma conclusão, FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE optam por um meio menos radical. Na ótica destes autores, o princípio do *nemo tenetur* abarca tanto o direito ao silêncio como o direito a não contribuir com meios de prova⁹⁷. Este princípio, constitucionalmente implícito, é aplicável no âmbito do direito das contraordenações por via do art. 32.º, n.º10 da Constituição da República Portuguesa⁹⁸. Todavia, independentemente de não haver dúvida, para estes autores, em relação à aplicabilidade deste princípio no direito das contraordenações, estes admitem que o princípio do *nemo tenetur* não tem uma vigência absoluta, podendo haver restrições desde que estas estejam “*previstas em lei expressa, de forma a respeitar a exigência da legalidade e devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa*”⁹⁹. Assim, e estando o dever de colaboração legalmente regulado na Lei da Concorrência, os autores

⁹⁶ *Ibid.* pp. 106 e 107. No mesmo sentido, BOLINA, HELENA MAGALHÃES, «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», *Revista do CEJ - 2.º Semestre 2010 - N.º 14*, Almedina, Coimbra, 2011, que afirma que uma posição diversa, como irei analisar seguidamente, “*inutiliza a função de supervisão, não garantindo qualquer conteúdo ao valor constitucionalmente consagrado da tutela do sistema financeiro, uma vez que a eficácia da supervisão depende essencialmente da possibilidade de reagir com a aplicação de sanções ao incumprimento das regras que regem a atividade,*”.

⁹⁷ DIAS, JORGE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, op. cit., p. 40.

⁹⁸ *Ibid.* p. 46.

⁹⁹ *Ibid.* p. 45.

acreditam que estamos perante “*uma restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação, enquanto expressões do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*”¹⁰⁰.

PAULO DE SOUSA MENDES segue a mesma posição que os autores acima elencados, mas fá-lo com um apelo a uma interpretação conforme o direito comunitário. Este autor aceita que o princípio do *nemo tenetur* se aplica no direito contraordenacional¹⁰¹, mas, referindo os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, afirma também que esse mesmo princípio não é absoluto, podendo ser restringido face a outros princípios constitucionalmente consagrados. “*A questão é saber se a prerrogativa de não autoincriminação sofre restrições no âmbito da Lei da Concorrência e, em caso afirmativo, qual a razão de ser dessa entorse aos princípios gerais*”¹⁰². O autor em causa acredita que se justifica “*uma eventual diminuição das garantias de defesa em função da existência de um dever de colaboração das empresas para com a AdC. Fica salvaguardado o direito da empresa não fornecer à AdC respostas das quais seja levada a admitir a existência da infracção em causa, cuja prova cabe à AdC*”¹⁰³. No fundo, esta posição tem, essencialmente, o mesmo sentido que àquele que foi dado no acórdão *Orkem*¹⁰⁴.

Por fim, a última posição que irei analisar acerca desta linha de pensamento é a de SANDRA OLIVEIRA E SILVA. Esta autora afirma que é violado o princípio do *nemo tenetur* caso “*a pessoa ou entidade fiscalizada seja obrigada a prestar quaisquer informações ou esclarecimentos e, bem assim, a entregar documentos preexistentes mas cuja existência e localização não é concretamente conhecida (...) em contrapartida, já não contendem com o nemo tenetur os atos de apresentação de documentos preexistentes cuja existência e localização é conhecida*”¹⁰⁵. Se houver conhecimento da existência do documento, segundo a autora, a entrega desse mesmo documento será “*destituída de todo o conteúdo comunicacional*”. A entrega do documento será um “*mero sucedâneo ou*

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 56.

¹⁰¹ MENDES, PAULO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰² MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, *op. cit.*, p. 457.

¹⁰³ MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, *op. cit.*, pp. 457 e 458.

¹⁰⁴ V. pp. 9 e 10.

¹⁰⁵ SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *op. cit.*, p. 845.

equivalente funcional das diligências de busca e apreensão”¹⁰⁶. Assim, o conteúdo do documento em si, por mais incriminador que seja, nada diz quanto à violação do princípio do *nemo tenetur*¹⁰⁷. A autora, de modo a simplificar o problema, faz uma comparação desta situação com a entrega do tacógrafo de um veículo. “*Se o condutor de um veículo pesado, intimado nesse sentido, entregar o tacógrafo do seu caminhão às autoridades de fiscalização, as informações autoincriminatórias que dele constarem podem ser valoradas em seu desfavor. E caso se recuse a entregar o equipamento, as autoridades não estão impedidas de punir a sua conduta*”¹⁰⁸. Concluindo, segundo a autora, “*nem o dever de entregar documentos legalmente obrigatórios cede em face ao perigo de revelação de infrações criminais, nem o seu cumprimento importa a proibição de valoração em processo sancionatório das informações obtidas*”¹⁰⁹. Esta posição acaba por fazer uma alusão indireta a acórdão *Funke*, na medida em que, em relação à entrega de documentos, apenas considera que é violado o princípio do *nemo tenetur* quando estão em causa documentos que a autoridade fiscalizadora não tem conhecimento da sua existência e apenas suspeita que tais documentos possam existir.

Embora a maioria da doutrina adira à posição acima referida, ainda existem autores que defendem que, em alguns casos, o uso dos poderes de fiscalização restringem o princípio do *nemo tenetur* de tal forma que acabam por comportar uma inconstitucionalidade. Começando por AUGUSTO SILVA DIAS, percebemos que o princípio do *nemo tenetur* ainda não opera no memento da supervisão, ou seja, não existe aqui qualquer entrave ao dever de colaboração. O problema surge, como como já foi dito, “*quando a autoridade administrativa recebe a notícia da infração e, sem disso informar o suspeito e em vez de fazer uso de prerrogativas legais como as buscas apreensões e congelamentos, aciona os deveres de cooperação pedindo-lhe os documentos e informações que entende, com base nos quais procede à instrução do processo*”¹¹⁰. Uma forma de acabar com este conflito seria através da constituição de arguido “*pela entidade supervisora ou a pedido do próprio*

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 845.

¹⁰⁷ Posição diferente é adotada por ANASTÁCIO, CATARINA op. cit., p. 230 – “*deveriam ser incluídos no círculo de proteção daquele princípio (nemo tenetur), e para salvaguarda do seu núcleo essencial, os documentos preexistentes cuja entrega tenha um efeito equivalente à admissão da infração*”.

¹⁰⁸ SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, op. cit., p. 846.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 846.

¹¹⁰ DIAS, AUGUSTO SILVA, «O Direito à Não Auto-inculpação...» op. cit., p. 250.

*suspeito logo que aquela entidade tomar conhecimento da infração e iniciar investigações tendentes a apurar a responsabilidade deste solicitando a sua colaboração funcional ou pessoal*¹¹¹. Assim, para este autor, “*é inconstitucional a interpretação das disposições sobre poderes de supervisão e correlativos deveres de cooperação no sentido de que o exercício e cumprimento respectivos podem implicar a supressão de garantias de defesa que assistem a todos os que são tratados como suspeitos da prática de uma contraordenação, antes da notificação da nota de ilicitude/acusação.*” Tal interpretação violaria os números 8 e 10 do art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa¹¹².

Da mesma forma pensa VÂNIA COSTA RAMOS, que afirma que o dever de cooperação é necessário e que, por si, não contende com o *nemo tenetur*. Mas, “*o mesmo já não poderá dizer-se relativamente à imposição desses deveres a uma pessoa singular ou coletiva visada num processo contraordenacional ou sobre o qual, durante um processo administrativo, recai a suspeita de prática de infração contraordenacional (...) os deveres de cooperação devem ceder a partir do momento em que o seu cumprimento revista um significado autoincriminatório*”¹¹³. Tal como AUGUSTO SILVA DIAS, esta autora sugere que “*a partir do momento em que surja a suspeita da comissão de uma infração relativamente a um determinado agente e a AdC peça informações ou documentos relacionados com a investigação em curso, deve comunicar-lhe, nos termos da al. a) do n.º1 do art. 58.º do CPP, que, a partir daquele momento, fica constituído arguido num processo de natureza contraordenacional*”¹¹⁴. Desta forma, aplicar-se-ão os direitos e deveres constantes nos arts. 60.º e 61.º do Código de Processo Penal, de onde podemos extrair o direito à não autoincriminação, que abarca o direito ao silêncio e outras formas de cooperação com a investigação em curso, nomeadamente a entrega de documentos. Caso o suspeito não tenha sido constituído arguido pela Autoridade da Concorrência, a autora refere ainda que este poderá recusar a entrega dos elementos, constituindo-se arguido nos

¹¹¹ MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, op. cit., p. 456.

¹¹² DIAS, AUGUSTO SILVA, «O Direito à Não Auto-inculpação...» op. cit., p. 259.

¹¹³ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., p. 193. Neste sentido, ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações...* op. cit., 2011, p. 168, anotação 52 ao art. 41.º - “*Pela mesma razão que um arguido tem o direito ao silêncio na fase judicial do processo contraordenacional, tem também um direito a não colaborar na fase administrativa ou em investigações que possam dar azo a um processo de contraordenação*”.

¹¹⁴ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., p. 193.

termos do art. 59.º, n.º2 do Código de Processo Penal¹¹⁵. Existem algumas críticas relativamente a esta possibilidade de ser o suspeito a constituir-se arguido a si mesmo, na medida em que poderá tornar inútil o regime de supervisão. No entanto, a autora não acredita que isso seja verdade, visto que a Autoridade da Concorrência “*detém prerrogativas de exercício de poderes coercivos suficientes para realizar buscas, revistas e apreensões das informações e elementos documentais em causa*”¹¹⁶, e (...) *porque a constituição de arguido, mesmo por iniciativa do próprio visado, não é um ato desprovido de consequências, tornando-se a pessoa alvo de um processo penal ou sancionatório, com todos os incómodos e restrições que daí resultam*”¹¹⁷.

Para além do domínio da Concorrência, o confronto do *nemo tenetur* com os deveres de cooperação estende-se a vários outros regimes do direito contraordenacional ou penal, como por exemplo o domínio das infrações rodoviárias ou infrações tributárias, entre outros. Fazendo agora uma análise resumida de alguns destes domínios, é visível que a o paradigma geral não tem alterações substanciais quanto à já analisada questão no regime da Concorrência. O mesmo se pode dizer em relação à posição dos autores *supra* referidos.

No campo das infrações fiscais, nomeadamente no que toca à obrigação de cooperação dos contribuintes, existem deveres como o de emitir recibos e faturas (art. 115.º do Código do IRS), o de entregar as quantias retidas na fonte (art. 98.º e seguintes do Código do IRS), o de possuir contabilidade organizada (art. 117.º do Código do IRS), entre outros, que por si em nada atentam ao *nemo tenetur*. Estes são alguns exemplos de deveres de cooperação fiscal que são acessórios face ao dever fundamental de pagar imposto. “*O contribuinte é transformado numa espécie de «agente administrativo», que auxilia a Administração Tributária na realização de determinadas tarefas de imposto*”¹¹⁸. Contraposta a estes deveres está uma atividade de fiscalização e de inspeção por parte da Administração Tributária que, nos termos do art. 63.º da Lei Geral Tributária, pode solicitar documentos e outros elementos de modo a verificar o cumprimento dos deveres acessórios. Aqui, tal

¹¹⁵ *Ibid.* p. 194.

¹¹⁶ BOLINA, HELENA MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 416, acredita que “*sustentar que não podem ser usados como prova os documentos entregues ao abrigo dos deveres de informação que a lei impõe, mas que podem ser utilizados os mesmos elementos se forem posteriormente recolhidos no âmbito de uma busca, constitui uma densificação formalista do direito à não autoincriminação*”.

¹¹⁷ RAMOS, VÂNIA COSTA, «*Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...*», *op. cit.*, p. 194.

¹¹⁸ DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, *op. cit.*, p. 43.

como o no domínio da Concorrência onde a Autoridade da Concorrência detém poderes e supervisão e sancionatórios, as inspeções são fundamentais para o funcionamento da Autoridade Tributária. Sem o controlo por parte da Administração Tributária, não haveria forma eficaz de assegurar o cumprimento do dever fundamental de pagar imposto. Assim, podem surgir aqui conflitos entre o *nemo tenetur* e o dever de cooperação fiscal, não se alterando, no essencial, da questão face ao direito da Concorrência.

Será importante referir que existem sempre alguns casos que se desenvolvem de forma diferente. Já foi referido *supra*¹¹⁹ que, no caso da sujeição a um teste de alcoolemia no âmbito das infrações rodoviárias, quando não é possível obter provas por outra via, o direito a não contribuir com meios de prova (não soprar balão) não pode operar, sendo restringido o *nemo tenetur* face a interesses constitucionais superiores, visto que a impossibilidade de obter prova sem recurso ao contributo do condutor faria com que o crime/contraordenação em causa não fosse punido. Se assim fosse, “*a mera proibição de o condutor prosseguir com o veículo «não satisfaria a eficácia preventiva das medidas de combate à condução sob influência de álcool» – sustentou o Acórdão n.º 628/2006*”¹²⁰. O mesmo se pode dizer em relação aos casos idênticos no âmbito das infrações fiscais. Sempre que surja uma suspeita de comissão de infração, a Administração Tributária deve poder exigir a entrega de documentos ou outros elementos, desde que tais elementos sejam o único instrumento para iniciar o processo, não sendo acessíveis de outra forma que não através da colaboração da entidade supervisionada. Aqui, tal como no caso do condutor alcoolizado, sucede-se uma restrição do *nemo tenetur* no âmbito do direito de não contribuir com meios de prova. Esta restrição deve ser necessariamente admissível face ao princípio da proporcionalidade, visto que é a única medida que pode acautelar o cumprimento, naqueles casos concretos, do dever fundamental de pagar imposto. Nestas circunstâncias, e apenas nestas circunstâncias em que a prova não pode ser obtida por outra via, e já na minha opinião, encontra-se uma acentuada diferença em relação à exigência de entrega de documentos durante um processo contraordenacional de concorrência, visto que, na problemática analisada acerca do dever de colaboração no direito da Concorrência, a Autoridade da Concorrência tem ao seu dispor mecanismos legais como as buscas apreensões e congelamentos que são meios de obtenção

¹¹⁹ V. pp. 20 e 21.

¹²⁰ SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, op. cit., p. 729.

de prova válidos e menos lesivos que esta violação do *nemo tenetur*, tornando-se tal violação desnecessária face ao art. 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental.

Questão mais problemática será a de existirem casos no âmbito da Concorrência idênticos a estes que estamos agora a analisar. E se a única forma de a Autoridade da Concorrência obter provas for através do contributo da entidade supervisionada? A meu ver, contrariamente à solução dada nos casos rodoviários ou das infrações tributárias, a solução pode não ser a mesma. No fundo, acaba por ser necessária uma ponderação entre o *nemo tenetur* e a defesa da concorrência. Certamente será fácil admitir que assegurar o dever fundamental de pagar imposto se sobrepõe ao direito à não autoincriminação. O mesmo se diga face a assegurar a eficácia preventiva das medidas de combate à condução sob a influência de álcool, que têm em vista tutelar o direito à vida e à integridade física da população em geral. Não é concebível uma sociedade onde estes valores acima referidos não são assegurados, daí que uma restrição do *nemo tenetur* na vertente de não contribuir com meios de prova seja aceitável quando contraposta a tais necessidades. O mesmo já não será tão certo quanto à contraposição deste direito à não autoincriminação face à defesa da Concorrência. Apesar de a mesma solução ser defendida pela maioria da doutrina e jurisprudência, a defesa da Concorrência não tem tanto valor como a defesa do dever fundamental de pagar impostos ou a segurança da integridade física e direito à vida das pessoas. Assim, não parece ser tão simples esta questão no âmbito da Concorrência, podendo ser sustentado que, face à finalidade prosseguida (a defesa da concorrência), a restrição do princípio do *nemo tenetur* seria desproporcional, grave e afetadora do núcleo essencial deste princípio¹²¹. Será que a violação de uma regra da concorrência é tão grave que a sua punição se deve sobrepor ao direito fundamental da não autoincriminação? É uma questão que, apesar ter sido resolvida pelo Tribunal Constitucional como iremos ver de seguida, ainda tem espaço para discussão.

¹²¹ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., p. 192.

2.3 Questão na jurisprudência

Vimos que a maioria dos autores em cima destacados adere à tese de que o princípio do *nemo tenetur*, no âmbito deste tipo de processos contraordenacionais, pode sofrer uma compressão, sendo o seu âmbito reduzido ao “núcleo essencial”. Desta forma, para esses autores, apenas é possível recusar a prestação de informações se essa cooperação implicar diretamente a admissão da comissão de uma infração. Não é, assim, possível a recusa da entrega de documentos pré-constituídos, ainda que os mesmos possam ser usados contra quem os entregou.¹²² Em Portugal, a jurisprudência maioritária também tem vindo a adotar este entendimento. Começando pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, podemos ver que, ao longo de vários acórdãos proferidos neste sentido, é aceite que o princípio do *nemo tenetur* vale também no direito contraordenacional, mas que a amplitude daquele princípio não é a mesma que no processo penal, devido a diferente natureza dos ilícitos em causa¹²³. Num despacho do Tribunal de Comercio de Lisboa (processo n.º 350/08.8TYLSB) foi afirmado que “o arguido goza do direito de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe são imputados, pelo que a notificação para juntar documentos não colide com tal direito ao silêncio. Acresce que a prova obtida mediante notificação da arguida para juntar documento, sob pena de contra-ordenação e subsequente coima, é legalmente admissível”¹²⁴. O Tribunal afirma ainda que os deveres de cooperação com a Autoridade da Concorrência podem sobrepor-se ao *nemo tenetur*, reduzindo-o ao seu núcleo essencial. Deste núcleo essencial “estaria excluído o fornecimento coercivo de documentos preexistentes e de puros elementos de facto, mesmo que deles resulte a incriminação do investigado”¹²⁵. Esta interpretação, no fundo, acaba por coincidir com as conclusões extraídas do acórdão *Orkem*¹²⁶, em 1989.

¹²² MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, op. cit., p. 463.

¹²³ *Ibid.* p. 459.

¹²⁴ Disponível em

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Paginas/IDF2008_01.aspx.

¹²⁵ MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, op. cit., p. 459.

¹²⁶ “A Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de

Mais tarde, o Tribunal da Relação de Lisboa¹²⁷ adotou também o mesmo entendimento que o Tribunal de Comercio de Lisboa, apoiando parte da sua sentença nos trabalhos de FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE E COSTA PINTO em cima referidos. Estas decisões tornam-se ainda mais relevantes pelo facto de o Tribunal Constitucional ter acolhido as mesmas conclusões no seu acórdão n.º 461/2011¹²⁸.

O Tribunal Constitucional começa por afirmar que *“a obrigação de prestar informações e entregar documentos, à Autoridade da Concorrência, como entidade reguladora surge como condição de eficácia da efectiva salvaguarda do princípio da concorrência – constitucionalmente protegido, designadamente em decorrência da alínea f) do artigo 81.º da Lei Fundamental, como já vimos – num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para a fiscalização, verificação e sancionamento da existência de comportamentos infracionais. Numa fase inicial, ainda no procedimento administrativo de supervisão, nenhuma dúvida haverá quanto à possibilidade de utilização dos elementos coligidos pela Autoridade da Concorrência, no âmbito dos poderes de supervisão, em ulterior procedimento contra-ordenacional.”* Mas, *“a partir do momento em que se dá início ao procedimento contra-ordenacional, o paradigma de relacionamento altera-se, assumindo presença o direito à não auto-incriminação, refracção do próprio estatuto de arguido. Ainda assim, tal direito, no âmbito contra-ordenacional sobre o qual nos debruçamos, apenas pode conter a vertente do direito ao silêncio, enquanto possibilidade de não prestar declarações ou responder a perguntas sobre os factos imputados.”*

Assim, *“a compressão do conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, exercida pela protecção constitucional do princípio da concorrência, implica que o domínio de abrangência de tal direito não abarque, assim, a possibilidade de o arguido, em processo contra-ordenacional por práticas anticoncorrenciais, recusar a prestação de informações e a entrega de documentos, que estejam em seu poder e lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, pressuposta a dimensão objectiva*

um comportamento anticoncorrencial (...) a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão” - Pontos 34 e 35 do Acórdão.

¹²⁷ Acórdãos de 30/10/2008, processo n.º 2140J08-9 e de 22/7/2009, processo n.º 3839/06.OTFLSB. L1.

¹²⁸ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110461.html>.

desses elementos, desprovidos de conteúdo conclusivo ou juízo valorativo, no sentido auto-incriminatório”¹²⁹. O Tribunal conclui, julgando *não inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003 (anterior Lei da Concorrência), no sentido de obrigar o Arguido, em processo contra-ordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência*¹³⁰. Apesar deste esclarecimento pelo Tribunal Constitucional, nem toda a jurisprudência tinha sido no mesmo sentido, visto que, por exemplo, num Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2011¹³¹, o Tribunal decidiu que *“tendo a CMVM pedido elementos e informações “no exercício da supervisão” e tendo usado os mesmos para instruir o processo contra-ordenacional, recorreu a «meios enganosos» para instruir, investigar e decidir o processo, traduzindo-se a supressão do direito à não incriminação da arguida numa violação do princípio da proporcionalidade, na sua vertente de necessidade, na medida em que aquela autoridade administrativa optou pelo meio de prova mais lesivo para os direitos fundamentais da arguida, sem curar de ponderar por outros meios de obtenção de prova”*¹³². Assim, *“a solicitação daqueles documentos tratou-se de um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos do disposto no Art.º 126º, n.ºs 1 e 2, alínea a) do C.P.Penal”*. No mesmo sentido foi outro acórdão proferido em Abril de 2012¹³³, ao afirmar que *“tendo a companhia em causa, agindo de boa fé e em cumprimento do disposto no Contrato que havia celebrado com o Estado Português, não podia a entidade administrativa, com poderes de supervisão e de aplicação de coimas, instaurar processo de*

¹²⁹ Ponto 14 do acórdão. O acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 340/2013 *“considera constitucionalmente admissível a utilização em processo penal da documentação e informação que o contribuinte tenha sido obrigado a entregar à administração fiscal no cumprimento do seu dever de colaboração nas tarefas de apuramento e correcção da sua situação tributária”* – SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, op. cit., p. 845, nota 1913. Em anotação a este acórdão, M. COSTA ANDRADE, RLJ 144 (2014) criticou a posição do tribunal constitucional quanto à restrição do *nemo tenetur*. Este acórdão, mais tarde confirmado pelo acórdão n.º 360/2016 também do Tribunal Constitucional, permite que os arguidos sejam intimados a entregar documentos à entidade reguladora após a suspeita do ilícito contraordenacional.

¹³⁰ Ponto 22 do acórdão.

¹³¹ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/571808b4745c245d80257856004fb6d3?OpenDocument>.

¹³² Ponto VI do sumário.

¹³³ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/849980283d233cfd802579e6004e401f?OpenDocument>.

contra-ordenação contra a mesma, com base naquele relatório, sem a advertência que tais elementos podiam servir para a instauração de um processo”¹³⁴.

2.4 Considerações finais em relação à controvérsia

Apesar de existir uma grande tendência tanto na doutrina como na jurisprudência em aceitar que é constitucionalmente admissível obrigar o arguido, em processo contra-ordenacional, a revelar informações e documentos à Autoridade da Concorrência, ainda há várias, e relevantes, posições em sentido contrário. Na minha humilde opinião, creio que os argumentos da doutrina minoritária têm demasiado peso. O que me leva a aderir, na maioria, a esta tese é o seguinte:

Em primeiro lugar, acredito que, tal como tende a ser referido pelo Tribunal Constitucional¹³⁵, o princípio do *nemo tenetur* engloba tanto o direito ao silêncio como o direito a não fornecer meios de prova. Se o propósito deste princípio é a ideia de que uma pessoa não deve contribuir para a sua própria incriminação, não vejo outra solução que não esta. Se o direito à não autoincriminação apenas abarcasse o direito ao silêncio, seria um direito desprovido de conteúdo, ou pelo menos não totalmente operacional, visto que seria possível fazer uso do direito ao silêncio, mas, em contrapartida, era necessário fornecer os meios de prova que fossem exigidos, negando, muitas vezes, o sentido útil do direito ao silêncio, pois os elementos fornecidos desta maneira podem ser tão incriminatórios como uma confissão.

De seguida, concordo com a ideia, unanimemente aceite, de que o princípio do *nemo tenetur* é aplicável no campo das contraordenações por via do art. 32.º, n.º10 da Constituição da República Portuguesa.

Contudo, aderindo agora à posição minoritária, não apoio a tese de que o princípio do *nemo tenetur* deve ser restringido quando contraposto ao regime legal dos processos

¹³⁴ Ponto V do sumário.

¹³⁵ V. p. 29, nota rodapé n.º 53.

sancionatórios de Concorrência. O Tribunal Constitucional afirma que a salvaguarda do Princípio da Concorrência, que está constitucionalmente protegido na alínea f) do artigo 81.º da Lei Fundamental, necessita que o direito à não autoincriminação seja alvo de uma compressão de forma a que apenas tutele o seu núcleo essencial, que o Tribunal refere ser só o direito ao silêncio, sendo possível a exigência de documentos e outros elementos. Como já foi referido, o propósito do princípio constitucional do *nemo tenetur* é o direito que qualquer pessoa tem em não contribuir para a sua própria incriminação. Assim, e tendo em conta que uma pessoa se pode autoincriminar tanto com declarações como a fornecer meios de prova, parece que, a meu ver, o Tribunal Constitucional está a restringir o princípio do *nemo tenetur* de tal modo que chega a afetar o seu significado, atingindo o seu núcleo essencial. Como é dito por VÂNIA COSTA RAMOS¹³⁶, “*é claramente inadmissível*” afetar o “*núcleo essencial de um direito com natureza de direito, liberdade e garantia com fundamento na ponderação deste face a uma tarefa constitucionalmente cometida ao Estado português*”. Mas, mesmo que fosse possível uma ponderação entre a defesa da concorrência direito à não autoincriminação, não creio que uma restrição deste último se mostre proporcional, no que concerne à necessidade de tal restrição. Tendo em conta que, “*no exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, entre outras medidas, proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova*”¹³⁷. Assim, a meu ver, o Tribunal Constitucional restringe desnecessariamente o princípio do *nemo tenetur*, pois existem vários mecanismos alternativos disponíveis para a obtenção de prova que se mostram menos gravosos que uma restrição a este Direito Fundamental. Quando à proporcionalidade em sentido estrito, tenho dúvidas, como já referi, que a defesa da concorrência se possa sobrepor desta forma ao princípio do *nemo tenetur*¹³⁸.

¹³⁶ RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência...», op. cit., pp.191 e 192.

¹³⁷ Artigo 18.º, n.º1, alínea c) da Lei da Concorrência.

¹³⁸ V. p. 39.

Assim, não creio que seja possível limitar o princípio do *nemo tenetur* nestas circunstâncias num processo contraordenacional de concorrência. Para além disto, sigo também a posição de que, apesar de o dever de cooperação ser necessário numa fase de supervisão, em alguns casos o direito à não autoincriminação deve superpor-se a esse dever. Se a Autoridade da Concorrência tiver uma suspeita de comissão de infração por parte de uma entidade sob supervisão, a Autoridade não se pode fazer valer do dever de cooperação de modo a aceder a documentos ou outros elementos, providenciados pelo próprio investigado, com o fim de obter provas que sustentem as suspeitas. Desta forma, creio que, tal como VÂNIA COSTA RAMOS E AUGUSTO SILVA DIAS ensinam, devia ser obrigatória a constituição de arguido da entidade supervisionada no momento em que surge a suspeita e que a Autoridade da Concorrência peça informações ou quaisquer outros elementos relacionados com a investigação desse caso. Assim, e nas palavras já citadas de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹³⁹, *“pela mesma razão que um arguido tem o direito ao silêncio na fase judicial do processo contraordenacional, tem também um direito a não colaborar na fase administrativa ou em investigações que possam dar azo a um processo de contraordenação”*.

¹³⁹ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações...* op. cit., 2011, p. 168, anotação 52 ao art. 41.º.

CONCLUSÃO

Após o presente estudo, conclui-se que o princípio do *nemo tenetur*, tal como muitos outros princípios de Direito, teve uma evolução demorada. Há mais de 100 anos atrás, este princípio apenas tutelava o direito que o arguido tinha em não poder ser obrigado a prestar declarações que fossem autoincriminatórias, por outro lado, hoje em dia, o princípio do *nemo tenetur* evoluiu de tal modo que engloba, para parte da doutrina e nomeadamente o Tribunal Constitucional, qualquer forma de autoincriminação por parte do arguido, tendo este o direito a não prestar quaisquer declarações e a não contribuir com meios de prova que possam ser usados contra ele.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em muito contribuiu para a evolução do princípio. Desde o caso *Funke* em 1993, que foi o primeiro acórdão do Tribunal sobre o direito à não autoincriminação, o princípio do *nemo tenetur* teve um grande crescimento a nível internacional. O ordenamento jurídico português acompanhou esse desenvolvimento e, apesar de não estar consagrado na Constituição da República Portuguesa, o direito à não autoincriminação é aceite de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência como um princípio constitucionalmente implícito, abarcando tanto o direito de não contribuir com meios de prova como o direito ao silêncio, encontrando-se este último explícito no art. 61.º, n.º1, alínea d) do Código de Processo Penal.

Todavia, tal entendimento é feito de forma diferente no campo do direito contraordenacional, onde o princípio do *nemo tenetur* pode ser restringido até ao seu “núcleo essencial”, não abarcando, nestes casos, o direito a não contribuir com meios de prova, tal como se pode confirmar na já referida argumentação do Tribunal Constitucional acerca da contraposição do direito à não autoincriminação com o dever de cooperação em sede de supervisão. Aqui impera a jurisprudência *Orkem* de 1989 do acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (hoje em dia designado por Tribunal de Justiça da União Europeia). Independentemente da maioria da doutrina e da jurisprudência aderirem a este pensamento, após a conclusão deste estudo é tudo menos pacífico aceitar que esta é a solução incontestável. Apesar de pouca ser a oposição, os fortes argumentos em sentido contrário fazem-se ouvir, tornando esta situação discutível mesmo nos dias que correm e mesmo após uma sentença do Tribunal Constitucional em sentido contrário.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

ANASTÁCIO, CATARINA, «O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare», *Revista de Concorrência e de Regulação, Ano I, n.º 1*, Almedina, Coimbra, 2010.

BOLINA, HELENA MAGALHÃES, «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», *Revista do CEJ - 2.º Semestre 2010 - N.º 14*, Almedina, Coimbra, 2011.

DIAS, AUGUSTO SILVA, *Direito das Contra-Ordenações*, Almedina, Coimbra, 2018.

DIAS, AUGUSTO SILVA, «O Direito à Não Auto-inculpação no âmbito das contraordenações do Código dos Valores Mobiliários», *Revista de Concorrência e de Regulação, Ano I, n.º 1*, Almedina, Coimbra, 2010.

DIAS, AUGUSTO SILVA / RAMOS, VÂNIA COSTA, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas», *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Almedina, Coimbra, 2009.

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», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010.

MENDES, PAULO SOUSA, «As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010.

MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, «O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito», *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (Coordenação de TERESA PIZARRO BELEZA, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO), Almedina, Coimbra, 2010.

MOUTINHO, JOSÉ LOBO, *Direito das Contra-Ordenações - Ensinar e Investigar*, 1.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

MOUTINHO, JOSÉ LOBO / SALINAS, HENRIQUE, anotação ao artigo 31.º, n.º5 da *Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense* (Coordenação de MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, GONÇALO ANASTÁCIO), 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

PINTO, FREDERICO LACERDA DA COSTA, «Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação», *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Almedina, Coimbra, 2009.

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?», *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (Coordenação de TERESA PIZARRO BELEZA, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO), Almedina, Coimbra, 2010.

RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare», Parte I, *Revista do Ministério Público*, 108/2006.

RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare», Parte II, *Revista do Ministério Público* 109/2007.

RAMOS, VÂNIA COSTA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa», *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2010.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português: Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objeto*, VOL. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Almedina, Coimbra, 2018.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça da União Europeia:

Acórdão *Orkem vs. Comissão* de 1989, disponível em <http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0374>.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

Acórdão *Funke vs. França* de 1993, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57809%22%5D%7D>.

Acórdão *Murray vs. Reino Unido* de 1996, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57980%22%5D%7D>.

Acórdão *Saunders vs. Reino Unido* de 1996, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58009%22%5D%7D>.

Acórdão *Weh vs. Áustria*, de 2004, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2238544/97%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-61701%22%5D%7D>.

Acórdão *Jalloh vs. Alemanha de 2006*, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307#%7B%22itemid%22:%5B%22001-76307%22%5D%7D>.

Tribunal Constitucional:

ACÓRDÃO N.º 695/95, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950695.html>.

ACÓRDÃO N.º 461/2011, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110461.html>.

ACÓRDÃO N.º 340/2013, disponível em

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>.

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão de 10/01/2008, processo n.º 07P3227, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5694dd5a9db5ffd0802573cc0044a3e6?OpenDocument>.

Tribunal da Relação de Lisboa:

Acórdão de 15/02/2011, processo n.º 3501/06.3TF LSB.L1-5, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/571808b4745c245d80257856004fb6d3?OpenDocument>.

Acórdão de 17/04/2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/849980283d233cfd802579e6004e401f?OpenDocument>.

Tribunal da Relação de Guimarães:

Acórdão de 12/05/2016, processo n.º 82/15.0GBPVL.G1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4b0d8ce6c73433818025808e004d6a1f?OpenDocument>.

Tribunal de Comercio de Lisboa:

Processo n.º 350/08.8TYLSB, disponível em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Paginas/IDF200801.aspx.