

## O DEVER DE COLABORAÇÃO E O *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* NO DIREITO SANCIONATÓRIO DA CONCORRÊNCIA\*

*Diana Alfafar*

**ABSTRACT:** *This paper deals with the relationship with the duty to cooperate with the Portuguese Authority and the privilege against self-incrimination and presents the solutions given by the European Courts' case law and the Portuguese case law and doctrine regarding this matter, along with a final critical consideration. It is suggested that the duty to cooperate and the privilege against self-incrimination can be compatible with each other, however, the conflict between these may arise and, therefore, some solutions to minimize the problem are presented.*

**SUMÁRIO:** Nota Prévia. I. O direito sancionatório da concorrência e o dever de colaboração. 1. Finalidades do Direito da Concorrência. 2. Os poderes da AdC na fase de supervisão e ao longo do procedimento sancionatório. 3. O dever de colaboração. II. O *nemo tenetur se ipsum accusare*. 1. O direito ao silêncio e o *nemo tenetur*. 2. As origens e a *ratio* do *nemo tenetur*. 3. Os fundamentos constitucionais do *nemo tenetur*. 4. O regime legal e o conteúdo do *nemo tenetur*. 5. A validade do *nemo tenetur* em todo o direito sancionatório. III. O *nemo tenetur* e o dever de colaboração – um conflito? 1. A abordagem dos tribunais europeus. 2. A abordagem nacional. 3. Análise crítica. 4. Conclusão e soluções para evitar o conflito. 5. Uma palavra sobre o novo RJC.

### NOTA PRÉVIA

O relacionamento do dever de colaboração de um agente económico para com a Autoridade da Concorrência (AdC) com o *nemo tenetur se ipsum accusare* tem-se afirmado como um dos polos mais profícuos de discussão no Direito

---

\* Este artigo corresponde em grande medida à dissertação de mestrado da Autora, intitulada “O *nemo tenetur se ipsum accusare* e o dever de colaboração no direito sancionatório da concorrência”, orientada pelo Professor Doutor José Francisco de Faria Costa (FDUC, 2012).

Sancionatório da Concorrência, para além de revestir uma enorme importância prática, confirmada pelo número de vezes que foi alvo de escrutínio pelos Tribunais.

A legislação de concorrência estabelece para os agentes económicos um dever de colaboração com a AdC que os obriga, sob pena de lhes ser aplicada uma coima, a responder a pedidos de esclarecimento que ela lhes dirija, a entregar a documentação que lhes seja solicitada e a não impedir as diligências de prova que ela decida realizar. Por outro lado, decorre do brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* que ninguém é obrigado a se autoincriminar. Há várias formas de o fazer, seja através das declarações orais, seja através da entrega de elementos de prova que possam servir de sustento a uma futura condenação. A questão que impera é, de que forma se pode compatibilizar um dever de colaboração com um direito de não ser obrigado a colaborar? Entrarão eles de facto em conflito ou haverá espaço para ambos?

De modo a identificar os perímetros do problema e a procurar soluções para o minimizar, começaremos com uma incursão pelas finalidades do Direito da Concorrência, destacando quais os poderes com que a AdC pode contar e em que se baseia o dever de colaboração que os agentes económicos têm para com ela.

De seguida, desviar-nos-emos para os fundamentos axiológicos e constitucionais do *nemo tenetur*, por forma a podermos delimitar o seu conteúdo e a concluir que o direito à não autoincriminação não vale apenas no âmbito penal, mas sim em todo o Direito Sancionatório, e por isso também no Direito Sancionatório da Concorrência.

Aqui chegados, após toda a exposição prévia, podemos debruçar-nos mais confiantes sobre a questão inicial a que nos propusemos – como se relacionam o dever de colaboração e o *nemo tenetur* no Direito Sancionatório da Concorrência? Passaremos à apreciação crítica das soluções que nos foram dadas pela jurisprudência dos Tribunais Europeus, para depois nos concentrarmos na abordagem nacional, tanto da nossa jurisprudência como da nossa doutrina, e não só no Direito da Concorrência mas também no domínio do Direito dos Valores Mobiliários, onde a discussão sobre este tema foi mais insistente. Concluiremos que a problemática está longe de ser encarada unanimemente, pelo que identificaremos os principais pontos de discórdia a serem debatidos. Após tomarmos posição sobre cada um dos aspetos controversos e elaborarmos a nossa própria conceção, apresentaremos uma possível solução para minimizar o conflito com que nos deparamos.

## I. O DIREITO SANCIONATÓRIO DA CONCORRÊNCIA E O DEVER DE COLABORAÇÃO

### 1. Finalidades do Direito da Concorrência

A alínea *f*) do art. 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece como incumbência do Estado no plano económico-social “[a]ssegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Esta tarefa estadual de defesa da concorrência não constitui um fim em si mesmo, mas simplesmente um instrumento colocado ao serviço da prossecução de determinados fins de política económica<sup>1</sup>. Acima de tudo está subordinada à garantia da liberdade de iniciativa económica, proclamada no art. 61.º da CRP, na medida em que garante a liberdade de acesso e atuação no mercado que – a par da propriedade privada – é fundamento do sistema de economia de mercado<sup>2</sup>.

A concorrência é assim concebida como um bem público, que beneficia a sociedade no seu todo, e o seu adequado funcionamento é essencial para que se possa lograr uma ordem económica mais justa e eficiente<sup>3</sup>.

Por forma a concretizar o “programa” previsto na referida alínea *f*) do art. 81.º da CRP, o legislador criou a Lei da Concorrência<sup>4</sup> e uma entidade administrativa independente com funções de regulação em matéria de Direito da Concorrência, a AdC, à qual cabe, *grosso modo*, servir de árbitro que estabelece o *level playing field* e faz respeitar as regras da concorrência definidas pela lei<sup>5</sup> (*vide* art. 1.º dos Estatutos da AdC<sup>6</sup>).

1 Cfr. Moncada, 2007: 490, Paz Ferreira, 2001: 481.

2 Mateus, 2006: 1070 e ss., 1092.

3 *Idem*, p. 1077.

4 Atualmente, o Regime Jurídico da Concorrência (RJC) consta da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. As leis que o antecederam foram a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro e o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro.

5 Mateus, 2006: 1093.

6 Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

## **2. Os poderes da AdC na fase de supervisão e ao longo do procedimento sancionatório**

Para o desempenho das suas atribuições, elencadas no n.º 1 do artigo 6.º dos seus Estatutos, a AdC dispõe de poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios, (art. 7.º dos Estatutos da AdC).

Interessam-nos particularmente os poderes de supervisão e os sancionatórios. Em relação aos primeiros, cumpre à AdC: (a) proceder à realização de estudos, inquéritos, inspeções ou auditorias; (b) instruir e decidir procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou categorias de acordos entre empresas com as regras de concorrência e (c) instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia.

Na realização de inspeções e auditorias, a AdC pode aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas ou associações de empresas, inspecionar livros e outros registos, obter cópias ou extratos de documentos e solicitar esclarecimentos aos colaboradores sobre quaisquer factos e documentos relacionados com o objeto e finalidade dessas inspeções e auditorias (art. 64.º, n.º 1 do RJC). Em sede de controlo de operações de concentração, a AdC pode inquirir quaisquer pessoas cujas declarações considere pertinentes e solicitar documentos e outras informações relevantes (art. 43.º, n.ºs 1 e 2 do RJC).

Quanto aos poderes sancionatórios, a AdC tem competência para identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia (eu) – nomeadamente, os artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC e 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) –, proceder à instrução e decidir sobre os processos, podendo inclusivamente aplicar as respetivas sanções (coimas) que podem ir até ao limite de 10% do volume de negócios do ano anterior (art. 68.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) e 69.º, n.º 2 do RJC).

A infração aos referidos artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC segue um procedimento sancionatório especial, cuja tramitação se encontra prevista nos artigos 13.º e ss. do RJC, e que tem como regime subsidiário o Regime Geral das Contraordenações (RGCO)<sup>7</sup>.

7 Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro; n.º 244/95, de 14 de setembro e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro. O regime sancionatório especial é aplicável também quando surja algum ilícito no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações de empresas (art. 58.º do RJC).

Esta tramitação inicia-se com o inquérito (art. 17.º e ss. do RJC), fase em que a AdC investiga as práticas anticoncorrenciais de que tenha notícia, seja officiosamente, eventualmente na sequência de um processo de supervisão, ou mediante denúncia, lançando mão dos seus amplos poderes de investigação que constam do art. 18.º do RJC. São eles os poderes de (i) *inquirição* e (ii) *solicitação de documentos e outros elementos de informação* que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos aos representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, ou de outras empresas ou associações de empresas, bem como a quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes; e (iii) *realização de buscas, exames, recolha e apreensão de cópias* ou extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das empresas ou das associações de empresas envolvidas. Admite-se inclusivamente no novíssimo RJC que, em caso de fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, membros de órgãos da administração, trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave das normas relativas aos ilícitos de concorrência, a AdC realize busca domiciliária (art. 19.º, n.º 1 do RJC).

A fase seguinte – instrução (art. 25.º e ss. do RJC) – tem lugar quando a AdC conclui que, com base nas investigações realizadas, existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória e notifica as empresas ou associações de empresas sob investigação da nota de ilicitude (art. 24.º, n.º 3, alínea *a*) do RJC) com a indicação das provas produzidas para que, dentro de um prazo razoável, se possam pronunciar e, eventualmente, requerer diligências complementares de prova (art. 25.º, n.º 1 do RJC), abrindo-se assim o processo ao contraditório.

Concluídas as diligências de instrução, o processo chega à fase da decisão final, que pode ser tanto de arquivamento do processo, com ou sem imposição de condições (art. 29.º, n.º 3, alíneas *c*) e *d*) do RJC), como de declaração da existência de uma prática restritiva, podendo esta ser ou não autorizada e sancionada (art. 29.º, n.º 3, alíneas *a*) e *b*) e n.º 4 do RJC), ou de condenação integrada num procedimento de transação (art. 29.º, n.º 3, alínea *b*) e 27.º do RJC). Da decisão da AdC cabe recurso para o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 84.º, n.º 3 do RJC), e deste para o Tribunal da Relação (secção criminal), que decide em última instância.

Se antes da anterior Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) a instrução dos processos era confiada à Direção-geral da Concorrência e a

decisão era tomada pelo Conselho da Concorrência, desde que esta lei entrou em vigor deixou de haver separação entre a entidade instrutória e a decisória, cabendo as duas funções ao Conselho, o seu órgão máximo (art. 11.º dos Estatutos da AdC)<sup>8</sup>, solução que se mantém com o novo RJC.

### 3. O dever de colaboração

Nos termos do art. 8.º dos Estatutos da AdC, “[a]s empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades [...] devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições”, em prazo a fixar pela AdC, à partida não inferior a 10 dias (art. 15.º, n.º 2 do RJC).

O art. 64.º do RJC estabelece no n.º 4 que “[o]s representantes legais da empresa ou associações de empresas, bem como os trabalhadores e colaboradores são obrigados a prestar toda a colaboração necessária para que os funcionários e as outras pessoas mandatadas pela Autoridade da Concorrência possam exercer os poderes [de inspeção e auditoria]”.

As alíneas *h*), *i*) e *j*) do n.º 1 e o n.º 3 do art. 68.º estabelecem como contraordenação, punível com coima até 1% do volume de negócios realizado no ano anterior, a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, tanto no âmbito dos seus poderes de supervisão e de realização de estudos, inspeções e auditorias, como dos seus poderes sancionatórios, bem como a não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício dos seus poderes de investigação e de realização de estudos, inspeções e auditorias (ainda que por negligência, art. 68.º, n.º 3 do RJC)<sup>9</sup>. A punição não dispensa o sujeito do cumprimento da obrigação (art. 68.º, n.º 2 do RJC), podendo inclusivamente ser aplicada uma sanção pecuniária compulsória (art. 72.º do RJC) para o efeito. A falta de colaboração, se precedida da necessária cominação, poderá ainda ser punida a título de desobediência simples, nos termos do art. 348.º n.º 1, alínea *b*) do Código Penal (CP).

8 Apesar de esta solução pretender garantir uma maior articulação e eficácia na relação entre a investigação e a instrução, por um lado, e a decisão dos processos, por outro, a verdade é que ela não é isenta de críticas. Veja-se, por exemplo, Soares da Veiga que sugere o modelo previsto para o regime das infrações antieconómicas e contra a saúde pública, que separa a entidade que investiga e acusa (a ASAE) da entidade que aplica as coimas e sanções acessórias (a Comissão de Aplicação de Coimas em matéria económica e publicidade), in Veiga, 2009: 153. Também apologista da estrutura acusatória, Sousa Mendes, 2009: 717.

9 Esta menção deverá constar dos pedidos de elementos que a AdC faça às empresas, nos termos dos artigos 15.º, alínea *d*) e 43.º, n.º 2, alínea *d*) do RJC

Assim, das disposições conjugadas dos artigos 8.º dos Estatutos da AdC, 64.º, n.º 4 e 68.º, n.º 1, alíneas *h)*, *i)* e *j)* e n.º 3 do RJC resulta um dever de colaboração dos agentes económicos para com a AdC que, perante o quadro legal exposto, parece não apresentar limites de conteúdo, pois vale para qualquer fase e para qualquer pessoa (na redação do art. 8.º dos Estatutos da AdC, esse dever cabe “[à]s empresas, associações de empresas ou *quaisquer outras pessoas ou entidades*”<sup>10</sup>).

Concluimos que, à partida, sempre que a AdC solicite pedidos de informações ou documentos aos agentes económicos, estes terão uma obrigação de responder integralmente e com verdade. Porém, como veremos, há razões que podem justificar um afastamento deste dever, em nome da salvaguarda de direitos fundamentais dos agentes económicos em causa.

#### **a) Dever de colaboração para com a Comissão Europeia**

Paralelamente, um dos principais meios que a Comissão tem ao seu dispor para a recolha de provas, no âmbito de investigações de infrações às regras de defesa da concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, é o pedido de informações aos agentes económicos (art. 18.º do Regulamento 1/2003)<sup>11</sup>, acompanhado de um dever de colaboração da parte destes.

Em caso de recusa de colaboração por parte das empresas ou associações de empresas aos pedidos de informação da Comissão, ou no caso de serem dadas informações inexatas ou deturpadas, a Comissão pode aplicar uma coima até 1% do volume de negócios realizado durante o exercício precedente (alíneas *a)*, *b)* e *d)* do n.º 1 do art. 23.º), à qual pode acrescer uma sanção pecuniária compulsória (art. 24.º). Poderá também ser aplicada a coima prevista no art. 23.º para o fornecimento de informações inexatas ou deturpadas.

#### **b) Dever de colaboração para com a CMVM**

Também o Código dos Valores Mobiliários (CVM) impõe um dever de colaboração para com a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) aos agentes económicos que atuem no mercado de valores mobiliários. O regulador pode exigir-lhes quaisquer elementos e informações, bem como examinar livros, registos e documentos, tanto no âmbito da supervisão

<sup>10</sup> Itálico nosso.

<sup>11</sup> Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais art. 101.º e 102.º do TFUE.

(art. 361.º, n.º2, alínea *a*) do CVM), como no âmbito das investigações preliminares a infrações de natureza criminal (art. 385.º, n.º1, alínea *a*) do CVM) e contraordenacional (art. 408.º, n.º 2 do CVM), e aqueles, para efeitos do art. 359.º, n.ºs 1 e 3, terão de prestar-lhe toda a colaboração solicitada.

O incumprimento deste dever poderá constituir contraordenação grave ou muito grave, cuja coima aplicável poderá oscilar entre €12.500 e €1.250.000 ou entre €25.000 e €2.500.000, respetivamente (art. 389.º, n.º 3, alínea *c*) e 399.º, n.ºs 1 e 2 do CVM) ou até mesmo ser punido a título de desobediência qualificada com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias (art. 381.º, n.º 1 do CVM e 348.º, n.º 2 do CP).

## II. O *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

### 1. O direito ao silêncio e o *nemo tenetur*

Não raras vezes se fala indistintamente de direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e direito ao silêncio como sendo uma e a mesma coisa.

O direito ao silêncio, em sentido estrito, refere-se apenas à colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados. Todavia, num sentido mais amplo, entendemos que ele pode integrar ainda, e pelo menos, as declarações por meio de documento que tenham o mesmo efeito incriminatório, dado que também são atos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar para efeitos de não autoincriminação<sup>12</sup>.

Defendemos que se deve proceder a uma interpretação teleológica daquele direito, por forma a não fazer depender a invocação do direito ao silêncio dos meios utilizados como forma de declaração, mas dos fins que pretende alcançar e dos interesses que são postos em causa, sob pena de estes expedientes serem utilizados como forma de contornar um direito fundamental dos cidadãos<sup>13</sup>.

Sem embargo, e de modo a clarificar os conceitos, permitimo-nos fazer a seguinte distinção: uma coisa é o direito à não autoincriminação, que se traduz no direito a não cooperar no fornecimento de meios de prova para a própria incriminação, outra é o direito ao silêncio, que abarca apenas as decla-

12 Assim, Garrett, 2007: 19 e ss.

13 Também, Sá, 2006: 136.

rações do arguido sobre os factos que lhe são imputados. Assim, o direito à não autoincriminação abrange o direito ao silêncio, que constitui o seu núcleo essencial, mas também integra outras manifestações, como o direito de não entregar documentos que se encontrem a coberto da reserva da vida privada (como correspondência pessoal ou diários íntimos)<sup>14</sup>.

Não obstante, a verdade é que não se pode menosprezar a força que a expressão “direito ao silêncio” adquiriu ao longo dos anos, sendo esta frequentemente utilizada num sentido mais amplo, por forma a integrar também outras formas de colaboração para além da prestação de declarações orais, essencialmente em homenagem à sua origem histórica.

## 2. As origens e a *ratio do nemo tenetur*

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* surgiu no Reino Unido, no século XVII, como reação às práticas inquisitoriais utilizadas na época pelos tribunais eclesiásticos, e mais tarde estendidas aos tribunais comuns, como o sistema de juramento *ex officio*, que submetia os suspeitos de heresia, após terem jurado dizer a verdade, a jurarem também a sua inocência. Neste sistema, a confissão, enquanto *regina probatorum*, podia ser obtida a todo custo, o que teve como consequência a banalização do recurso a métodos de tortura<sup>15</sup>.

Após sucessivas manifestações contra, o julgamento *ex officio* foi abolido pelo Parlamento Inglês (em 1941), que reconheceu que não se pode fazer do indivíduo um instrumento abusivo da sua própria condenação, ideia que esteve na base da viragem para um sistema processual de estrutura acusatória<sup>16</sup>.

O direito à não autoincriminação foi também acolhido na *Bill of Rights* dos EUA, em 1791, tendo sido incorporado na 5ª emenda e complementado

14 Neste sentido, Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 43 e ss. e Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 21 e ss. Na jurisprudência nacional destacamos o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11.10.2011 que refere a existência de dois privilégios – o *privilégio de se não autoincriminar*, i.e., o direito de não produzir prova contra si próprio, que é mais amplo e contém em si o *direito ao silêncio*, no sentido usual de direito de não responder às questões colocadas. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) também confirma a extensão do direito à não autoincriminação nos termos indicados: acórdãos *John Murray c. Reino Unido* (25-01-1996), *Saunders c. Reino Unido* (29-11-1996) e *J.B. c. Suíça* (03-05-2001). Contrariamente, Costa Pinto tem uma visão minimalista do direito ao silêncio, entendendo que este incide apenas sobre as declarações do arguido em sentido estrito, à semelhança do entendimento do Supremo Tribunal dos Estados Unidos ou do Tribunal Constitucional Espanhol. Para o Autor, “o direito ao silêncio é uma recusa legítima a prestar declarações e não comporta qualquer outro conteúdo, nomeadamente, não permite que o arguido negue a entrega de elementos que estão em seu poder quando os mesmos são exigidos ao abrigo de poderes legais”, cfr. Costa Pinto, 2009: 95 e ss.

15 Cfr. Pinto, 2010: 100.

16 *Ibidem*.

pela célebre decisão do *Supreme Court* no caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, com a introdução de deveres de esclarecimento e advertência sobre os direitos dos arguidos.

Posteriormente, não só os ordenamentos internos dos Estados foram consagrando o direito à não autoincriminação, como vários instrumentos de direito internacional o acolheram, quer implícita, quer explicitamente, entre eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH, artigos 5.º e 11.º, n.º 1), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP, artigo 14.º, n.º 3) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH, artigo 6.º, n.º 1 ou n.º 2).

O arguido, que antes fora um mero objeto do processo, inserido numa estrutura que privilegiava a eficácia da persecução penal acima de qualquer outro valor, passava a ser sujeito processual, com um leque de direitos inerentes a essa condição, e a sua colaboração para a investigação, mais do que meio de prova, passou a ser encarada como um instrumento de defesa<sup>17</sup>.

As garantias processuais, *maxime* o direito ao silêncio e à não autoincriminação, vieram responder à necessidade de atenuação da desigualdade material entre a acusação e o arguido que se encontra numa situação de fragilidade ao ser objeto de uma investigação ou acusação penais<sup>18</sup>. Trata-se de um autêntico “*Abwehrrecht* contra o Estado”, que visa garantir que todos os atos processuais do arguido sejam expressão da sua livre responsabilidade<sup>19</sup>. Impunha-se assim a ideia de que o sujeito que quisesse intervir no processo deveria fazê-lo livre de quaisquer pressões ou coação por parte das autoridades (sejam órgãos de polícia criminal ou autoridades judiciárias), e de forma esclarecida em relação às consequências que pudessem advir dessa sua intervenção.

É certo que a descoberta da verdade material constitui uma das finalidades do processo penal, no entanto “não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço”<sup>20</sup>. Há limites

---

17 É frequente apontar-se os iluministas como sendo os responsáveis pela elaboração dos pressupostos ideológicos que estiveram na base da consideração do arguido não como um objeto de prova – ao qual se impunha o juramento e o dever de colaborar com a autoridade judiciária sob ameaça de tortura –, mas como um sujeito processual com direitos de defesa. Destacamos Beccaria que, na sua obra “*Dos delitos e das Penas*” (1764), pôs em evidência a ineficácia da tortura enquanto meio de obtenção de uma confissão verdadeira e a luta entre uma lei que impõe ao acusado um dever de dizer a verdade e os seus naturais instintos de defesa e liberdade.

18 Assim, Canotilho & Moreira, 2007: 516.

19 Eser, *apud* Costa Andrade, 2006: 121 e Figueiredo Dias, 2004: 450.

20 Costa Andrade, 2006: 117.

intransponíveis à eficácia da investigação, que derivam da função do direito processual penal de assegurar que os métodos estatais de prevenção e controlo do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos do arguido. O princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade, o privilégio contra a autoincriminação são exemplos de *barreiras* que o direito processual penal criou por forma a lograr uma “busca dosificada da verdade”<sup>21</sup>.

### 3. Os fundamentos constitucionais do *nemo tenetur*

A nossa Constituição, à semelhança da Constituição Alemã, aparentemente não tutela expressamente o direito ao silêncio ou o direito à não autoincriminação<sup>22</sup>. Não obstante, a sua natureza constitucional implícita é unânime entre a doutrina e a jurisprudência, falando-se inclusivamente em “direito constitucional não escrito”<sup>23</sup>. Já o entendimento sobre qual é o seu fundamento jurídico-constitucional está longe de ser consensual. Importa determiná-lo na medida em que se irá repercutir na resposta a importantes perguntas: valerá ele apenas para atos de carácter comunicacional?, abrange a produção de qualquer meio de prova ou só a que se possa considerar como declaração?, pode ele ser restringido e, se sim, quais os limites dessas restrições?, valerá ele em outros tipos de processo para além do processo penal?

Podemos enquadrar os fundamentos constitucionais em dois grupos, tal como foi preconizado pela doutrina germânica. Um primeiro grupo defende que o direito à não autoincriminação decorre diretamente dos direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, direito à integridade pessoal e desenvolvimento da personalidade (posição maioritariamente defendida pela doutrina germânica, nomeadamente Rogall, Dingeldey e Eser) e direito à

21 Hassemer, *apud* Neto, 1997: 181.

22 Dizemos “aparentemente” porque é sempre possível incorporar o direito à não autoincriminação na nossa Constituição por aplicação do art. 8.º, que estabelece que os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito português quando constem de convenções internacionais regularmente ratificadas e publicadas. Acrescenta o art. 16.º, n.º 1 (a denominada “cláusula aberta”) que estes princípios são perfeitados na ordem jurídica portuguesa com o carácter de direitos fundamentais. Particular importância reveste o art. 14.º, n.º 3. alínea g) do PIDCP que consagra o direito ao silêncio de forma expressa: “Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: g) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”. Este direito tem assim, *ex vi* art. 8.º e 16.º, n.º 1 da CRP, natureza constitucional.

23 Assim, Costa Andrade, 2006: 124. Na jurisprudência, veja-se, *v.g.*, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 695/95, 542/97, 304/2004, 181/2005, 155/2007.

privacidade (conceção anglo-saxónica, nomeadamente Gersten e Galligan)<sup>24</sup>, no ordenamento jurídico-constitucional português, tutelados pelos artigos 1.º, 25.º e 26.º da CRP.

O outro grupo é partidário do entendimento de que o *nemo tenetur* decorre das garantias processuais<sup>25</sup> ou de aspetos particulares das garantias, como o processo equitativo<sup>26</sup> e a presunção de inocência (art. 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 2 e 8.º da CRP).

Ora, se, como vimos, as garantias processuais constituem o *escudo protetor dos direitos fundamentais* do cidadão que, em virtude da suspeita que sobre ele incide, se encontra numa situação de especial vulnerabilidade perante o Estado<sup>27</sup>, faz todo o sentido inserirmo-nos neste último grupo, pois é precisamente esta, como vimos, a *raison d'être* do direito à não autoincriminação.

#### a) Princípio da presunção da inocência

Consideramos, a par da doutrina maioritária, que o *nemo tenetur* constitui uma das consequências da garantia de presunção da inocência<sup>28</sup>. Esta encontra-se expressamente consagrada no n.º 2 do art. 32.º da nossa Constituição, sendo ainda reconhecida internacionalmente nos artigos 11.º da DUDH, 6.º, n.º 2 da CEDH, 14.º, n.º 2 do PIDCP e 48.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Do princípio decorre que ninguém poderá ser tido por culpado enquanto não tiver sido condenado por sentença transitada em julgado.

Para além de pretender impedir que inocentes sejam condenados, na medida em que impõe que, em caso de dúvida sobre a autoria da infração, o arguido deva ser absolvido (*in dubio pro reo*), este princípio serve de regra de tratamento do arguido durante a persecução penal. Porque beneficia desta presunção, não cabe ao arguido provar que está inocente, mas sim à acusação demonstrar a sua culpabilidade se for essa a sua convicção e, nessa tarefa, não

24 Para uma síntese das posições, tanto da doutrina germânica, como da anglo-saxónica, *vide* Alfafar, 2012: 20 e ss.

25 *Vide* Costa Pinto, 2009b: 99 e ss.

26 Costa Ramos, 2007: 69-72.

27 Costa Ramos, 2007: 63.

28 Vários Autores coincidem. Destacamos Antunes, 1992: 26 e Palma, 2008/2009: *passim*. O Livro Verde da Comissão Europeia sobre a presunção de inocência [COM (2006) 175 final, de 26.04.2006] também considerou o direito ao silêncio como uma manifestação do princípio da presunção de inocência (*vide* p. 8).

pode exigir a colaboração daquele para a descoberta da verdade, muito menos forçar a sua autoincriminação.

Figueiredo Dias refere que do princípio da presunção de inocência, ligado ao princípio da preservação da dignidade pessoal, se infere que *a utilização do arguido como meio de prova terá de ser sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade*<sup>29</sup>. Ou seja, só no exercício de uma plena liberdade de vontade é que o arguido pode decidir se, e de que forma, pretende influir sobre a matéria que constitui objeto do processo.

Não concordamos com Costa Ramos quando sustenta que a garantia da presunção de inocência não impede, sem mais, que o próprio arguido possa servir de meio de prova da sua culpa e que é a sua articulação com a estrutura acusatória que lhe dá essa dimensão<sup>30</sup>. A Autora entende que é o princípio do processo equitativo que serve de fundamento ao direito à não autoincriminação. Não duvidamos de tal entendimento, no entanto consideramos que a presunção de inocência é pressuposto desse mesmo processo equitativo, de onde deriva de forma imediata o direito à não autoincriminação. Como se poderia conceber por justo um processo que partisse do pressuposto de que o suspeito é culpado? E como é possível cremos que um suspeito presumido culpado ousará exercer o direito à não autoincriminação, sabendo que se nada fizer será condenado? Por outro lado, de que serviria presumir o arguido inocente se lhe fosse imposto um dever de declarar acerca dos factos relacionados com a sua culpabilidade? Estas interrogações retóricas, cuja resposta é manifestamente óbvia, expressam a íntima relação entre o direito à não autoincriminação e a presunção de inocência.

Também o Tribunal Constitucional (TC), no Acórdão n.º 695/95 (05.12.1995)<sup>31</sup>, acrescenta que o direito ao silêncio está diretamente relacionado com o princípio da presunção de inocência<sup>32</sup> que obsta a que o silêncio do arguido seja interpretado desfavoravelmente aos seus interesses (ou seja, o

29 Figueiredo Dias, 1997: 26 e ss.

30 Costa Ramos, 2007: 67.

31 Acórdão que declarou a inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 342.º do CPP que previa que o Tribunal perguntasse ao arguido no início da Audiência de Julgamento pelos seus antecedentes criminais e pela existência de algum processo que corresse contra si, incorrendo contra aquele responsabilidade criminal caso se remetesse ao silêncio ou mentisse ao responder à questão.

32 Também o Acórdão do TC n.º 71/1999, de 3 de fevereiro de 1999, bem como a seguinte jurisprudência do TEDH: *Saunders c. Reino Unido* (17.12.1996) §68, *Heany and McGuinness c. Irlanda* (21.12.2000) §40; *Weh c. Áustria* (08.04.2004) §39; *Martinen c. Finlândia* (21.04.2009) §60 e *Pishchalnikov c. Rússia* (24.09.2009) §71.

silêncio não pode ser interpretado como presunção de culpa<sup>33</sup>). Salienta ainda que os dois princípios são tutelados constitucionalmente com o mesmo objetivo de garantir o tratamento do arguido como sujeito do processo.

Com isto, não podemos senão concluir que o arguido tem o direito de se recusar a colaborar numa investigação contra si próprio sem que essa recusa lhe possa ser desfavoravelmente interpretada, precisamente porque ele não tem de provar a sua inocência – que é presumida –, cabendo sim à acusação provar a sua culpa.

#### 4. O regime legal e o conteúdo do *nemo tenetur*

##### 4.1. O regime legal

No nosso ordenamento jurídico, encontramos a consagração expressa do direito ao silêncio desde logo no art. 61.º, n.º 1, alínea *d*) do Código de Processo Penal (CPP). É proibida a valoração do silêncio em desfavor do arguido, seja ele total (art. 343.º, n.º 1) ou parcial (art. 345.º, n.º 1). Nestes termos, o silêncio é tido por “ausência pura e simples de resposta, não podendo ser levado, enquanto tal, à livre apreciação de prova”<sup>34</sup>, configurando-se, portanto, como um *nullum* jurídico<sup>35</sup>.

Já quando seja confrontado com perguntas relativas à sua identidade, o arguido não beneficiará deste direito. Neste caso ele é obrigado a responder, e com verdade, sob pena de incorrer em crime de desobediência (art. 349.º do CP) ou falsas declarações (art. 359.º do CP), respetivamente. O mesmo se passa em relação às perguntas relativas aos seus antecedentes criminais, com exceção da fase de julgamento, desde que o n.º 2 do art. 342.º foi declarado inconstitucional pelo TC no referido Acórdão n.º 695/95.

Como vimos, estes preceitos devem ser interpretados teleologicamente de forma extensiva de modo a não fazer depender a sua invocação dos meios utilizados, mas dos fins que pretende alcançar e dos interesses que são postos em causa, designadamente o da não autoincriminação. Assim, deverão ser incluídas outras formas de recusa de colaboração para a própria incriminação para além do direito ao silêncio, manifestação *par excellence* do *nemo tenetur*, como a recusa de entrega de documentos, de que falaremos *infra*.

33 Marques da Silva, 2011: 315.

34 Vide Figueiredo Dias, 2004: 448 e Costa Andrade, 2006: 128.

35 Kühl, *apud* Costa Andrade, 2006: 129.

Por forma a garantir a eficácia do *nemo tenetur*, é imposto às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal (OPC) o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos que decorrem da constituição de arguido antes que este se inicie a prestar declarações e em todos os interrogatórios a que o arguido venha a ser submetido, bem como quando lhe seja requerida qualquer colaboração, independentemente da fase processual em que se encontre (*v.g.* arts. 58.º, n.º 2; 61.º, n.º 1, alínea *b*), 141.º, n.º 4, 343.º, n.º 1 do CPP).

Só o cumprimento deste dever pode garantir que a decisão do arguido de colaborar ou não colaborar seja tomada livremente e sem constrangimentos. Justifica-se, pois, que a omissão desta advertência, assim como uma advertência ineficiente ou incompleta que deixe o arguido a temer pelo seu comportamento silente, ou pela sua recusa em colaborar, configure uma violação do *nemo tenetur*, e que, em consequência, o depoimento que nestes termos tenha sido prestado pelo arguido não possa ser valorado<sup>36</sup>.

Igual consequência terá o depoimento ou a colaboração prestada pelo suspeito, ou pela testemunha que, nos termos dos artigos 57.º, 58.º e 59.º do CPP, já deveria ter sido constituído arguido pelas autoridades e não o foi (art. 58.º, n.º 5 do CPP), não tendo tido assim a possibilidade de recorrer ao direito que lhe deveria assistir.

Note-se ainda que os artigos 126.º do CPP e 32.º, n.º 8 da CRP prevêem a nulidade e a impossibilidade de serem utilizadas as provas autoincriminadoras obtidas à custa de tortura, coação, ameaças, perturbações da memória ou da capacidade de avaliação, ou meios enganosos. Esta norma é especialmente importante na medida em que a coação é a pedra de toque do *nemo tenetur*, uma vez que na sua ausência, e desde que o arguido esteja devidamente informado do direito que lhe assiste, a autoincriminação é legítima.

A nulidade e proibição de valoração estendem-se às provas secundárias, i. é., às provas que tenham sido obtidas a partir do ato que viola o princípio da não autoincriminação (*v.g.* a arma do crime que é descoberta graças às declarações do arguido), de acordo com a doutrina do efeito-à-distância, proclamada no art. 122.º do CPP<sup>37</sup>.

36 Neste sentido Figueiredo Dias, 2004: 447, Costa Andrade, 2006: 88, e, ainda, Roxin, 2000: 195 e 196.

37 Resulta deste artigo que as nulidades têm um efeito negativo consequential, que se projeta nos atos subsequentes ao ato que violou garantias constitucionais. É, porém, imprescindível que haja uma relação entre a prova ilegal e a prova secundária, marcada por um nexo de causalidade compreendido e aplicado à luz da doutrina da imputação objetiva, onde prevalecem conceitos como o fim de proteção da norma

#### 4.2. O *nemo tenetur* enquanto direito do arguido

O *nemo tenetur* é um direito reconhecido ao arguido, a quem o art. 60.º do CPP atribui um especial estatuto processual, em virtude da especificidade das suas declarações que são simultaneamente meio de defesa e meio de prova. Este artigo estabelece que desde que uma pessoa adquira a qualidade de arguido lhe é assegurado o exercício de direitos e deveres processuais. Ou seja, é a partir do momento da constituição de arguido que a pessoa adquire a qualidade de sujeito processual, passando a ser titular dos direitos e submetido aos deveres processuais que integram o seu estatuto<sup>38</sup>.

Segue-se no art. 61.º uma lista dos direitos e deveres inerentes a esse estatuto, sendo um deles, como vimos, precisamente o direito ao silêncio (previsto na alínea *d*) do n.º 1).

A inquirição de uma pessoa sobre factos delituosos por si praticados só pode ter lugar após a constituição como arguido e a consequente aquisição do mencionado estatuto processual, mediante comunicação formal feita por uma autoridade judiciária ou um OPC nos casos previstos nos artigos 57.º, 58.º e 59.º do CPP.

Uma vez que não é sujeito processual, o suspeito não tem direitos e deveres processuais especiais. Contudo, pode suceder que um suspeito não tenha sido constituído arguido porque a autoridade judiciária ou os OPC consideraram que a suspeita não era fundada (art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP), mas as suas declarações acabarem por se revelar autoincriminatórias. Neste caso, a entidade que se encontra a interrogá-lo procede à suspensão do interrogatório e comunica-lhe que tem o direito de requerer a sua constituição como arguido (art. 59.º, n.ºs 1 e 2 do CPP).

#### 4.3. A recusa de entrega de documentos

A possibilidade de recusa de entrega de documentos por invocação do direito à não autoincriminação já foi por diversas vezes discutida, tendo dado origem a importante jurisprudência.

---

e o comportamento lícito alternativo. É salvaguardada a possibilidade de valorar e utilizar as provas secundárias quando elas pudessem ter sido obtidas através de um comportamento lícito alternativo. *Vide* Albuquerque, 2011: 328 e Costa Andrade, 2006: 177 e ss., 316.

38 Note-se que era exigência da lei de autorização legislativa para o CPP/87 a definição rigorosa do momento e do modo de obtenção do estatuto de arguido (art. 2.º, n.º 2, alínea 8)), *vide* Marques da Silva, 2010: 301. Medina de Seíça salienta que o estatuto de arguido é diferenciador, pois atribui uma “posição processual assaz diversa da de outras «personagens» que se cruzam no processo, particularmente as testemunhas e os suspeitos”, *cfr.* Medina de Seíça, 1999: 68.

O TEDH, no acórdão *Funke*<sup>39</sup>, entendeu que o *nemo tenetur* abrange a não entrega de documentos autoincriminatórios em geral. Referimo-nos ao caso de um cidadão alemão a quem a administração fiscal francesa solicitou que apresentasse extratos relativos às suas contas bancárias no estrangeiro, tendo sido condenado em multa e em sanção pecuniária compulsória pelo facto de se ter recusado a fornecer a documentação.

Não havia um processo crime instaurado, estando Funke a ser usado como única fonte para a descoberta de possíveis indícios da prática de crime de fraude fiscal. As autoridades alfandegárias nem sequer sabiam se esses documentos existiam, apenas o supunham. Desta forma, estavam a utilizar o arguido para obter provas que não queriam ou não seriam capazes de obter sozinhas.

Mais tarde, no caso *Saunders*<sup>40</sup>, o Tribunal reformulou a sua posição dizendo que aquele princípio não abrange a utilização como prova de material obtido do acusado com recurso a poderes coercivos que tenha existência material independente da sua vontade, como os documentos adquiridos com base em mandado (§69)<sup>41</sup>.

O Tribunal passa assim a fazer a distinção entre *dados dependentes e independentes da vontade do acusado*, sendo estes últimos aqueles a que as autoridades têm acesso por outros meios, nomeadamente através de buscas ou apreensões mediante mandado, sem necessitar de uma colaboração do acusado. Nestes casos, os poderes coercivos não obrigam o acusado a se autoincriminar, apenas permitem descobrir o material incriminatório. Já quando as autoridades necessitem de uma colaboração do acusado para obter determinados documentos, cabe a este decidir se pretende ou não colaborar, não sendo obrigado a fazê-lo, nem podendo ser por esse facto responsabilizado.

Igualmente importante é o caso *J.B.*<sup>42</sup>, no âmbito do qual a administração fiscal suíça havia solicitado documentos que se relacionavam com um conjunto de investimentos realizados pelo queixoso cujos valores implicados não haviam sido declarados para efeitos fiscais. Pelo facto de ter sido imposta uma multa ao acusado devido à sua recusa em colaborar no fornecimento dos documentos, o TEDH conclui pela violação do direito à não autoincrimi-

39 *Funke c. França* (25.02.1993).

40 *Saunders c. Reino Unido* (17.12.1996).

41 Vide também, *inter alia*, *Heaney and McGuinness*, §40; *Allan*, § 44 e *Jalloh*, §100.

42 *J.B. c. Suíça*, (03.05.2001).

nação. Considerou, à luz do critério *Saunders*, que o acusado podia recusar a entrega de tais documentos já que não tinham a natureza de *dados existentes independentemente da sua vontade* e, por isso, não foram obtidos através de meios coercivos e em violação da vontade do visado. Deste modo, concluiu pela violação do direito à não autoincriminação<sup>43</sup>.

Como vimos, a jurisprudência mostra-se coerente, o que nos permite concluir, sem dúvidas, que o *nemo tenetur* legitima que o arguido se recuse a colaborar na sua própria incriminação através do fornecimento de documentos<sup>44</sup>.

### 5. A validade do *nemo tenetur* em todo o direito sancionatório

Apurada a amplitude do direito à não autoincriminação no direito processual penal, importa verificar se faz sentido exportar este direito para o direito processual das contraordenações.

Sabemos que o direito processual penal e contraordenacional são distintos. O nosso RGCO opera a distinção entre crimes e contraordenações através de um critério conceitual-formal – diz o art. 1.º, n.º 1 que “constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. Tal não significa que por detrás desta opção não estejam razões de ordem substancial que a comandem. Não nos cabendo aqui tentar desenvolver um critério material de distinção, destacamos apenas que a doutrina maioritária faz corresponder um fundamento ético-jurídico ao Direito Penal (tanto no que respeita aos valores que tutela, como às sanções que irroga), que não se encontra nas contraordenações, dado que estas são axiologicamente neutras<sup>45</sup>.

Apesar desta diferença qualitativa entre crime e contraordenação efetivamente existir, ambas as categorias de ilícitos pertencem ao Direito Sancionatório ou, nas palavras de FARIA COSTA, a uma região normativa única

43 Este entendimento foi reiterado nos acórdãos *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* (29.06.2007) e *Marttinen c. Finlândia* (21.04.2009).

44 Mas há que advertir que a interpretação que fizemos do critério *Saunders* não é unânime. Na verdade, a distinção levada a cabo pelo TEDH entre *dados dependentes e independentes da vontade do acusado* afigura-se algo confusa e de difícil concretização, vide MacCulloch, 2006: 230 e ss. Porém, a única interpretação que se encontra em harmonia com os acórdãos *Funke* e *J.B.* é a que referimos, o que nos parece ser um motivo suficientemente forte para a privilegiarmos em detrimento das restantes.

45 Neste sentido, na doutrina portuguesa destacamos Eduardo Correia e Figueiredo Dias (*Vide Correia*, 1973: 266 e ss.). O último Autor entende, porém, que, no Direito das Contraordenações, não é o ilícito que é ético-socialmente indiferente, mas sim a conduta que o integra. Assim, a conduta em si mesma, divorciada da sua proibição legal, é axiológico-socialmente relevante no Direito Penal e *axiológico-socialmente neutra* no Direito das Contraordenações, cfr. Figueiredo Dias, 2001: 145, 146.

– um direito penal “convocado no sentido mais difuso mas operatório que nos legou VON LISZT”, ao conceber a ciência do direito penal total<sup>46</sup>. Reflexo disto é a consagração constitucional dos direitos de audiência e defesa do processo penal nos processos de contraordenação (bem como em quaisquer processos sancionatórios).

O n.º 10 do artigo 32.º da CRP estabelece que “nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”, refletindo a vontade do legislador constitucional de que as garantias de defesa valessem de forma absoluta em todo o Direito Sancionatório<sup>47</sup>.

Tal não significa, contudo, que seja operada uma transposição em bloco dessas garantias para os restantes ramos do Direito Sancionatório. Há que refletir acerca da *raison d'être* da garantia processual e se faz sentido transpô-la para outros domínios.

*In casu*, teremos de proceder a um juízo estruturalmente analógico, confrontando a razão de ser do *nemo tenetur* em processo penal com a estrutura do processo contraordenacional<sup>48</sup>.

#### a) Um novo direito das contraordenações

Hoje em dia temos um universo de contraordenações próprio de uma moderna economia de mercado, bem distinto do que foi originariamente pensado para a realidade portuguesa dos anos 60/70, esta marcada por um rudimentar desenvolvimento económico e social. É um universo que regula a intervenção em processo de contraordenação das entidades reguladoras, em domínios tecnicamente muito especializados e complexos, que se encontra fragmentado numa diversidade de regimes especiais que – pela particularidade dos seus ilícitos representarem comportamentos altamente perturbadores de subsistemas sociais e económicos, e por serem sancionados com coimas

46 *Vide* Faria Costa, 2001: 3, 6. Von Liszt concebeu a ciência do direito penal total em finais do século XIX, conjugando três vertentes – o direito penal propriamente dito, a criminologia e a política criminal –, a pretexto de que a dogmática jurídico-penal precisa de ter ao seu dispor os instrumentos que lhe permitam trabalhar o direito penal. Para Faria Costa, a disciplina do direito penal pode ser perspectivada em um sentido *multíssimo mais lato*, que abarque o estudo e análise do direito penal clássico, do direito processual penal, do direito de mera ordenação social, do direito de execução das penas, do direito penal de menores e ainda de todas as formas de direito especial (*v.g.* direito penal económico, direito penal do ambiente e direito penal informático), *cfr.* Faria Costa, 2009: 28, 29.

47 Neste sentido, Faria Costa, 2009: 49.

48 *Cfr.* Lobo Moutinho, 2008: 41, 42.

extremamente elevadas e sanções acessórias equivalentes a penas acessórias – se distanciam muito das contraordenações clássicas, herdeiras das antigas contravenções, e excecionam o RGCO, que se tornou num regime geral, e cada vez menos subsidiário<sup>49</sup>.

Esta realidade levou alguns Autores a proporem uma diferenciação de regimes jurídicos entre as modernas contraordenações – dos sectores da grande regulação económica, financeira, industrial e ambiental –, e as contraordenações clássicas – bem mais ligeiras, pensadas para sancionar as pequenas infrações, facilmente investigadas e com limitadas implicações sociais, como as infrações do Código de Estrada – valendo para as primeiras um regime mais rigoroso e garantista que compense a maior severidade punitiva que as caracteriza e que inevitavelmente as aproximou das infrações penais<sup>50</sup>.

No fundo foi o que se passou com o procedimento sancionatório por infrações às regras da concorrência, que tem um regime próprio que muito se afasta do RGCO. Como vimos, o legislador concedeu à AdC amplos poderes de investigação e sancionatórios, e estabeleceu as infrações à concorrência como contraordenações, mais como resultado de uma opção política do que de uma distinção fenomenológica, fundada no desvalor jurídico-social. A título de exemplo, escandalizaria alguém que um cartel constituísse um ilícito criminal em vez de ser tratado e qualificado como contraordenação (tendo em conta que, por exemplo, o CVM estabelece como crime o abuso de informação privilegiada e o abuso de mercado)? Cremos que não, e por isso confirma-se que a fronteira entre os dois ilícitos se tornou mais fluida e artificial<sup>51</sup>.

Ademais, as coimas previstas no RJC são altíssimas, podendo atingir os 10% do volume de negócios de uma empresa, sendo por isso altamente res-

49 Cfr. Costa Pinto, 2009b: 685-688 e Silva Dias, 2010a: 256 e ss.

50 Vide Silva Dias, 2010a: 238-239; Sousa Mendes, 2009: 707; Veloso, 2004: 59 e ss. Para este último Autor, o RGCO não é direito comum, é direito especial, que apenas por decisão do legislador pode ser transposto para fora do seu âmbito próprio para os sectores da grande regulação. Deste modo, temos uma combinação de regimes especiais – o dos pequenos delitos administrativos (RGCO) e uma coleção de regimes para certas áreas da grande regulação (estes não dispõem de um regime geral que os agregue a todos, sendo regulados fragmentariamente e *ad hoc*). Costa Pinto refere que se devem passar a aceitar duas modalidades de infrações – as contraordenações comuns, bagatelares, sujeitas a sanções leves e procedimentos mais simplificados, e as contraordenações mais graves, cujas coimas são mais severas e estariam sujeitas a um processo comum que desenvolvesse mecanismos preventivos e repressivos, articulados com a intervenção reguladora das diversas autoridades de supervisão nas respetivas áreas socioeconómicas, cfr. Costa Pinto, 2009b: 687. O Autor inspira-se na teoria do direito de intervenção de Hassemer (*interventionsrecht*), vide Hassemer, 1998: 27 e ss.

51 Neste sentido, referindo-se do Direito dos Valores Mobiliários, Silva Dias, 2010a: 256 e 257.

tritivas dos direitos patrimoniais, o que em nada coincide com as referidas contraordenações bagatelares, punidas com coimas que exprimem uma mera advertência social<sup>52</sup>.

A tudo isto acresce uma certa inquisitorialidade dos processos de contraordenação, que são comandados por uma única entidade, responsável simultaneamente pelo impulso processual e pela decisão<sup>53</sup>.

Compreende-se agora melhor a necessidade de se reclamar uma maior proteção contra os abusos e um reforço das garantias processuais nos processos de contraordenação. Não há fundamento para se lhes vedar a aplicação de garantias de defesa que lhe são perfeitamente adequadas em nome de uma diferença qualitativa entre contraordenações e crimes. No que diz respeito ao *nemo tenetur*, que tratamos em particular, é inquestionável que a sua *raison d'être* também se faz sentir em processo contraordenacional. Também aqui o arguido se encontra numa especial situação de fragilidade por se encontrar sujeito a investigação e, deste modo, também aqui não é a si que cabe provar a sua inocência, mas sim à acusação provar a sua culpa.

Concluimos que deverão valer no âmbito do Direito Sancionatório da Concorrência (e muito provavelmente nos restantes domínios da grande regulação), as garantias processuais previstas no artigo 32.º da Constituição Processual Penal que neste se enquadrem<sup>54</sup>, entre as quais avulta a presunção de inocência que, como vimos, constitui o fundamento mais imediato do princípio da não autoincriminação<sup>55</sup>.

Este entendimento encontra-se em perfeita coerência com a jurisprudência do TEDH que recentemente, no caso *Menarini*<sup>56</sup>, confirmou que os

52 Cfr. Silva Dias, 2010a: 256-257. Soares da Veiga encontra dois possíveis caminhos se se continuarem a agravar as sanções – o Direito de mera ordenação social começa a aproximar-se cada vez mais, quer subjetivamente, quer adjetivamente do Direito Penal (tendência apontada pela Escola de Frankfurt) ou certos ilícitos que ora são contraordenações, acabam por ser transformados em crimes, deixando-se para o Direito de mera ordenação social os ilícitos que o legislador considere axiologicamente neutros (tese de Figueiredo Dias), cfr. Veiga, 2009: 167-169.

53 Leones Dantas, 2010: 330-331.

54 Como tão claramente resulta da jurisprudência do TC, em particular nos acórdãos n.º 380/99, 265/01, 547/01 e 129/09, nos quais o Tribunal admite a aplicação das garantias consagradas nos arts. 29.º e 32.º da CRP.

55 Rigorosamente, fora do Direito Penal seria de usar a expressão “autoinculpação”, que aliás acentua a aplicação do princípio a todo o Direito Sancionatório. Contudo, por facilidade de expressão, continuaremos a utilizar a expressão “autoincriminação”, advertindo porém que ela deve ser interpretada em sentido amplo, incluindo tanto uma contribuição para a própria responsabilidade penal como contraordenacional.

56 Acórdão do TEDH, *Menarini Diagnostics S. R. L c. Itália* (27.09.2011).

processos sancionatórios da concorrência têm natureza penal para efeitos de aplicação das garantias processuais previstas no art. 6.º da CEDH. O TEDH faz uma interpretação ampla do conceito “acusação em matéria penal” (art. 6.º, n.º 1 da CEDH), abrangendo não só os processos formalmente qualificados pelo direito interno como tendo uma natureza penal, mas também os processos disciplinares ou administrativos, por forma a não comprometer as garantias de defesa.

#### **b) O nemo tenetur e o visado**

Já sabemos que o direito à não autoincriminação vale no Direito Sancionatório da Concorrência. Sabemos também que este direito surge com a constituição de arguido.

A anterior lei da concorrência referia pela primeira vez o termo “arguido” aquando da notificação da nota de ilicitude (alínea *b*) do n.º 1 do art. 25.º), levando-nos a concluir que, caso não se procedesse antes à constituição de arguido, esta seria feita necessariamente no momento da notificação. Seria assim aplicável subsidiariamente o art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP, por via dos artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 22.º da Lei da Concorrência, por forma a que a constituição de arguido pudesse ter lugar em momento anterior ao da notificação, nomeadamente quando no âmbito de um inquérito a AdC fizesse pedidos de informação, solicitasse a entrega de documentos ou procedesse à realização de uma busca ou apreensão.

Mas com o novo RJC o termo “arguido” desapareceu, tendo sido substituído pela expressão “visado”, sem que todavia se indicasse qual o estatuto deste novo sujeito processual.

Há porém duas disposições da nova lei que indiciam que o visado tem um especial estatuto processual. A primeira é o n.º 3 do art. 74.º, relativo à prescrição, que estabelece que esta se interrompe com a constituição de visado, levando-nos a assumir que, à semelhança do que se passa com o arguido, também existe um ato de constituição formal de uma nova posição processual com consequências legais. A segunda é o art. 18.º, que, ao estabelecer os poderes de investigação da AdC, diferencia os atos de interrogar e de inquirir: interrogam-se as empresas e as pessoas envolvidas na investigação, ou seja, os visados (alínea *a*) do n.º 1), tal como se interroga o arguido em processo penal (artigos 141.º e ss. do CPP) e inquirem-se *quaisquer outras pessoas* cujas declarações se considerem pertinentes (alínea *b*) do n.º 1), tal como em processo penal de inquirir as testemunhas (*v.g.* art. 348.º do CPP).

Acresce que o visado beneficiará indubitavelmente dos mesmos direitos do arguido, pois decorre da CRP que no domínio das contraordenações estes direitos são assegurados (art. 32.º, n.º 10).

Uma vez que, neste curto período de vigência da nova lei, ainda não nos podemos apoiar em referências jurisprudenciais e doutrinárias que clarifiquem que estatuto especial é este, a única conclusão que nos ocorre é a de que esse estatuto só pode ser semelhante ao do arguido, que tal como o visado, se encontra numa posição fragilizada por se encontrar a ser investigado no âmbito de um inquérito e que, por isso, beneficia dos mesmos direitos que aquele. Também à semelhança do que se passa com o arguido, tais direitos serão adquiridos mediante a constituição forma de visado.

Assim, entendemos que se deverão continuar a aplicar subsidiariamente as disposições relativas ao arguido em processo penal, os artigos 58.º e ss. do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 do RJC.

### III. O *NEMO TENETUR* E O DEVER DE COLABORAÇÃO – UM CONFLITO?

Num primeiro momento, referimos que recai sobre todos os agentes económicos um dever de colaboração com a AdC, que lhes impõe precisamente a obrigação de prestar esclarecimentos, oralmente ou por escrito, e entregar documentos, a pedido da AdC, no exercício dos poderes estabelecidos nos artigos 18.º, 43.º e 61.º e ss. do RJC, sob pena de lhes ser aplicada coima até 1% do volume de negócios e, eventualmente, uma sanção pecuniária compulsória. Tal dever decorre da incumbência constitucional de assegurar o funcionamento dos mercados e, em última instância, da liberdade de iniciativa económica privada (artigos 81.º, alínea *e*) e 61.º da CRP, respetivamente).

Posteriormente, vimos que o direito à não autoincriminação tem fundamento constitucional no princípio da presunção de inocência. Porque se presume inocente, o arguido não tem qualquer obrigação legal de fornecer prova em sua defesa, nem de colaborar com a investigação contra a sua pessoa. Ao ter a possibilidade de se remeter ao silêncio, ou de recusar a colaboração, o arguido apenas contribuirá para a sua incriminação caso seja essa a sua vontade, livre e esclarecida.

O direito à não autoincriminação tem validade em todo o Direito Sancionatório, em conformidade com o art. 32.º, n.ºs 2 e 10 da CRP, manifestando-se no âmbito do Direito da Concorrência, enquanto direito do visado, essencialmente sob a forma de recusa em prestar declarações ou de fornecimento de elementos de prova, como documentos.

Confrontando esta obrigação com aquele direito, deparamo-nos com um possível conflito – o agente económico tem um dever de declarar e entregar os elementos solicitados pela AdC, e, simultaneamente, tem o direito ao silêncio e de se recusar a entregar elementos que se revelem autoincriminatórios.

E utilizamos o adjetivo “possível” porque pode não existir um verdadeiro conflito e a realização de ambos ser passível de lograr. Mas também pode suceder que nenhum deles possa valer na sua plenitude, e aí, de facto, podemos falar de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais – de um lado, a liberdade de iniciativa económica, princípio fundamental da organização económica que o dever de colaboração visa em última instância proteger; do outro, o *nemo tenetur*, corolário da presunção de inocência.

Naturalmente este último não é um princípio absoluto, pode ser limitado para proteção de outros direitos, liberdades e garantias da mesma natureza, segundo critérios de adequação e proporcionalidade. Tão pouco é absoluto o dever de colaboração, na medida em que os agentes económicos se podem legitimamente abster de responder a pedidos de informação ou de entregar elementos de prova à AdC sopesada a salvaguarda de outros bens jurídicos (*v.g.* salvaguarda de segredo profissional, de negócio ou bancário).

Importa ora apurar se pode o dever de colaboração estabelecido no RJC prevalecer ou não sobre o *nemo tenetur*. No caso de a resposta ser negativa, terá de concluir-se que aquele direito derroga o dever de colaboração, e pode ser legitimamente invocado para justificar uma recusa de cumprimento do mesmo sem que o arguido seja por isso responsabilizado.

Já se a resposta for afirmativa, há que refletir se o *nemo tenetur* deve ser totalmente aniquilado em favor do dever de colaboração, ou se este apenas o restringe, deixando um conteúdo nuclear (a determinar) salvaguardado.

Lançamos ainda a problemática da comunicabilidade das provas, recolhidas ao abrigo dos poderes de supervisão, com o procedimento sancionatório aberto posteriormente. Deverão ser utilizados como prova, em procedimento sancionatório, as respostas aos pedidos de esclarecimento e os documentos fornecidos à Autoridade no uso dos seus poderes de supervisão, quando estes foram recolhidos sem que tivessem sido respeitados os direitos de defesa (que naquela primeira fase ainda não existiam)?

O problema é potenciado pela dificuldade em traçar a fronteira que separa a supervisão da competência sancionatória e pela confusão que pode surgir entre os dois poderes por caberem à mesma entidade.

Vejam os de que forma é que a jurisprudência dos Tribunais Europeus e a jurisprudência e a doutrina nacionais trataram esta problemática, tendo em conta que ela foi escrutinada, não só no âmbito de atuação da AdC, mas principalmente no âmbito de atuação da CMVM. Importa, pois, fazer um estudo que abarque ambos os domínios, sem todavia perder de vista as especificidades de cada um.

### 1. A abordagem dos Tribunais Europeus

Se analisarmos a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) e do Tribunal Geral (TG) (ex-Tribunal de Primeira Instância) em relação ao modo como esta relacionou o *nemo tenetur* com os processos de direito da concorrência, podemos concluir que esta, desde o pioneiro caso *Orkem*, aceita a existência de um direito à não autoincriminação nos processos de direito da concorrência, que permite que as empresas se neguem a dar respostas através das quais sejam obrigadas a admitir o cometimento da infração ao direito da concorrência, mas limitado pela existência de um dever de colaboração para com a Comissão, que as obriga ao fornecimento de todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento, bem como de documentos com relevância para a prova da infração<sup>57</sup>.

No caso *Werke*, o atual TG concretizou que as empresas não se podem nunca furtrar a responder a informações factuais, nem a entregar documentos preexistentes, uma vez que essa forma de colaboração não é atentatória dos direitos de defesa<sup>58</sup>, o que não impede que, mais tarde, eventualmente perante um recurso para um Tribunal Europeu, a empresa venha a contestar que os factos constantes das respostas ou documentos fornecidos têm um significado diferente daquele que foi dado pela Comissão<sup>59</sup>.

Muito importante foi também o acórdão *PVC II*, por ter assinalado a indispensabilidade de a resposta da empresa configurar uma verdadeira confissão para que haja uma violação do *nemo tenetur* e, paralelamente, ter fixado e desenvolvido requisitos para que essa violação efetivamente se verifique – a existência de *coação* sobre o arguido para que a Comissão obtenha a informa-

57 Acórdão do TJ *Orkem, S.A. c. Comissão*, Processo 374/87 (18.10.1989), §34 e ss. No mesmo sentido, os acórdãos do TJ *Aalborg Portland e O. c. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P (07.01.2004) e *ThyssenKrupp c. Comissão*, C-65/02 P, C-73/02 P (14.07.2005), §49. Esta posição do TJ foi posteriormente consagrada na segunda parte do considerando 23 do Regulamento 1/2003.

58 Também o TJ, no caso *Comissão c. SGL Carbon AG*, C-301/04 P (20.06.2006), §39 e ss.

59 Acórdão do TG *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comissão*, T-112/98 (20.02.2001), §77 e 78.

ção e de uma *ofensa efetiva* àquele direito<sup>60</sup>. Assim, quando a empresa confesse voluntariamente a prática da infração, se recuse a responder ou negue os factos, aquele direito não é violado. Apenas o será se houver uma confissão e a Comissão fizer uso dela na decisão condenatória.

## 2. A abordagem nacional

Focar-nos-emos agora na jurisprudência nacional, primeiramente nas decisões relativas a processos de práticas restritivas da concorrência, prossequindo com uma análise do nosso problema no âmbito dos mercados de valores mobiliários. Como já mencionámos anteriormente, também este é um campo fértil para a tensão entre os deveres de colaboração e o *nemo tenetur*, o que originou várias impugnações judiciais com fundamento na violação deste direito.

Seguidamente, apreciaremos a forma como a nossa doutrina se tem posicionado nesta problemática para, tirando proveito dos diferentes entendimentos acerca da relação entre o *nemo tenetur* e o dever de colaboração, podermos descortinar se de facto estes conflituam entre si e, se tal suceder, de que forma os podemos compatibilizar.

### 2.1. A jurisprudência

**2.1.1. O dever de colaboração e o *nemo tenetur* no direito da concorrência**  
O Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) aceita a existência de um limitado direito à não autoincriminação, tomando por referência a jurisprudência *Orkem* do TJ para concretizar o seu conteúdo. Conclui que a AdC não pode obrigar uma empresa a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência de uma infração, contudo, tal não é extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado. A possibilidade de o investigado poder sempre vir a demonstrar um significado diverso daquele que foi dado aos elementos de facto e documentos entregues, por meio do exercício do direito de audição e defesa e da impugnação judicial de plena jurisdição, foi apontada como bastante relevante<sup>61</sup>.

60 Acórdão do TJ *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Comissão*, Processos Apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P A C-252/99 P E C-254/99 P (15.10.2002), §275.

61 Sentença do TCL relativa ao Cartel das Moageiras, processo n.º 205/06.0TYLSB (8.05.2007).

O Tribunal divergiu quanto à base jurídica do direito ao silêncio. No caso *Abbott*<sup>62</sup> admitiu a aplicabilidade subsidiária do art. 61.º, n.º 1, alínea *d*) do CPP, entendendo porém que o seu âmbito não abrange a possibilidade de o arguido se recusar a entregar os documentos solicitados pela AdC. Já nos casos *Agepor*<sup>63</sup> e *Cartel das moageiras* recusou esta base jurídica por considerar a existência de normas próprias no RJC que afastam a aplicação do direito subsidiário, tendo concluído, neste último caso, que o direito ao silêncio decorre diretamente do n.º 10 do art. 32.º da CRP.

Perante a questão da comunicabilidade de elementos de prova recolhidos no exercício dos poderes de supervisão da AdC, posteriormente utilizados em procedimento sancionatório, o Tribunal advertiu que, “não ficando a AdC de forma alguma impedida de supervisionar mercados relativamente aos quais investigue práticas anticoncorrenciais, quando, no âmbito desses procedimentos dirigir pedidos de informação a suspeitos dessas práticas, deve colocar, nos seus pedidos de informações, as mesmas cautelas que teria se dirigisse tais pedidos aos mesmos suspeitos no procedimento sancionatório. Ou seja, na nossa visão, não pode formular perguntas das quais resulte diretamente a incriminação”<sup>64</sup>.

### 2.1.2. O dever de colaboração e o *nemo tenetur* no mercado de valores mobiliários

Contrariamente ao que verificámos em relação às decisões do TCL e respetivos recursos para o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), perfeitamente coerentes, na linha da jurisprudência *Orkem*, a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância de Lisboa (TPI) e a do TRL vêm conflituando entre si quando confrontados com esta problemática no âmbito do mercado de valores mobiliários. Justifica-se uma divisão das decisões destes Tribunais de acordo com a diferente abordagem do problema. Em primeiro lugar, analisaremos uma linha mais garantista, para logo em seguida observarmos uma orientação mais restritiva do direito à não autoincriminação.

62 Despacho do TCL, processo n.º 350/08.8TYSLB (8.04.2008).

63 Sentença do TCL, processo n.º 261/06.1TYLSB (28.07.2006).

64 Cfr. Cartel das Moageiras. Também no caso CAPTV, o TCL segue a mesma fundamentação (processo n.º 1050/06.9TYLSB, de 10.08.2007), que foi confirmada pelo TRL no acórdão de 25.11.2008, processo 6057/08-5.

**a) A inadmissibilidade do uso de quaisquer meios de prova recolhidos em violação do *nemo tenetur* – as sentenças do TPI nos casos LJ Carregosa e Lisbon Brokers e o caso EDP<sup>65</sup>**

Nesta linha, o TPI distinguiu da supervisão o momento em já está em curso um processo de contraordenação, entendendo que daí em diante deve cessar o dever de colaboração do arguido relativamente a factos que o possam responsabilizar, por aplicação subsidiária das regras do processo penal (art. 61.º, n.º 1, alínea *d*) do CPP *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 407.º do CVM). Tal não impede que o arguido colabore com a CMVM voluntariamente, ou que esta prossiga com a recolha de prova, contando com os poderes estabelecidos no art. 361.º do CVM. Já perante atos de fiscalização, de inspeção e de organização, não é legítimo invocar aquele direito, pois ainda não estamos no seu âmbito de vigência<sup>66</sup>.

A atividade de fiscalização termina assim que surjam “fundadas suspeitas” da prática de uma infração. É nesse momento que se inicia a atividade sancionatória, sujeita a regras diferentes da atividade supervisora, e que se impõe a constituição de arguido, que seguirá os termos dos artigos 57.º, n.º 1 e 59.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 407.º do CVM<sup>67</sup>.

Para o Tribunal, os elementos, quer sejam documentais, quer se tratem de declarações escritas, recolhidos pela CMVM junto da entidade supervisionada, arguida em processo de contraordenação, não podiam ser usados como prova para fundamentar uma condenação, pois haviam sido solicitados sem qualquer informação à arguida acerca da instauração do processo. Porque a entidade visada não sabia que se encontrava a colaborar no âmbito de um processo de contraordenação em que gozava do direito de se recusar a fazê-lo, pois fora levada a pensar que corria um mero processo de supervisão, o Tribunal concluiu que a CMVM recorrera à utilização de meios enganosos de obtenção de prova, e por conseguinte, pela nulidade da prova recolhida nos termos do art. 126.º do CPP.

O Tribunal advertiu para o facto de, no decurso do exercício da supervisão, quando detetados indícios da prática de uma infração, a CMVM dever

<sup>65</sup> Vide Sentenças do TPI de Lisboa: *Lisbon Brokers*, processo n.º 3839/06.0TFLSB (16.10.2008); *LJ Carregosa*, processo n.º 4907/06.3TFLSB (11.01.2008) e o caso EDP: processo n.º 3501/06.3TFLSB (22.04.2010) e Acórdão do TRL, de 15.02.2011.

<sup>66</sup> Cfr. *Lisbon Brokers*.

<sup>67</sup> *Idem*.

levantar um “auto de contraordenação” e prosseguir de acordo com as regras do processo sancionatório em causa<sup>68</sup>.

**b) Admissibilidade de restrições ao *nemo tenetur* – os Acórdãos do TRL nos casos LJ Carregosa e *Lisbon Brokers*<sup>69</sup> e as decisões no âmbito dos processos BCP<sup>70</sup>**

Nestes casos, o TRL admitiu que a CMVM pode solicitar, ao abrigo do regime legal de supervisão, informações ou elementos que se destinem a instruir um processo contraordenacional pois, se uma vez descobertas irregularidades cometidas pelas entidades supervisionadas, tais ilícitos não pudessem ser sancionados, a supervisão ficaria destituída de eficácia. Além do mais, decorre do próprio CVM que o processamento das contraordenações faz parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM (pelas disposições conjugadas dos artigos 358.º, alínea e) e 360.º, alínea e) e 408.º). Assim sendo, não se vislumbra qualquer utilização de um meio enganoso de prova e, por conseguinte, as provas recolhidas pela CMVM no exercício dos seus poderes de supervisão não são nulas<sup>71</sup>. O Tribunal referiu também que o dever de colaboração imposto às entidades supervisionadas é essencial ao cumprimento da função de supervisão e constitui para aquelas a contrapartida do acesso ao mercado. Tal dever pode cessar na exata medida em que se reconheça que a omissão de resposta corresponde a um direito ao silêncio. Porém, este, com fundamento imediato nas garantias processuais e consagrado no art. 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP, abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos imputados ao arguido.

Este direito não é absoluto, podendo ser flexibilizado em nome e na defesa de determinados valores ou interesses que o Estado visa salvaguardar, desde que observado o princípio da proporcionalidade e o requisito da lei prévia, e desde que tal não se converta num atentado insuportável à dignidade humana.

68 Cfr. LJ Carregosa.

69 Acórdãos do TRL, processo n.º 2140/08-9, 9.ª secção (30.10.2008) e processo n.º 3839/06.0 TFLSB.L1, 3.ª secção (30.10.2008), recurso das sentenças do TCL referidas *supra*.

70 Estão em causa dois processos distintos: o processo n.º 1557/08.3 TFLSB, em que o TPI emitiu uma decisão em 11.03.2010 e o processo n.º 1724/09.2TFLSB, cuja sentença do TPI data de 21.07.2010, tendo sido confirmada pelo TRL, no acórdão de 6.04.2011 e pelo TC, que entendeu não poder conhecer do recurso.

71 No mesmo sentido, acórdão do TRL, processo n.º 5523/07.8TFLSB.L1, 3.ª secção (16.12.2009), que confirma o despacho interlocutório do TPI.

Destas decisões consta também que, dado que o CVM nada diz sobre a constituição de arguido, e tendo em conta que o art. 50.º do RGCO apenas impede que seja aplicada coima, ou sanção acessória, ao arguido sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de exercer os seus direitos de defesa, a constituição de arguido deve ser feita aquando da comunicação dos factos de que é acusado.

### c) Conclusão

Como vimos, no domínio do mercado dos valores mobiliários, a questão que reiteradamente se tem colocado nos Tribunais é a da possibilidade de utilização como prova para fundamentar uma condenação de elementos recolhidos na fase de supervisão sem que tenha sido transmitida qualquer informação à entidade visada acerca da instauração do processo. As soluções dadas pela jurisprudência são completamente antagónicas. Se por um lado, o TPI, nos processos *LJ Carregosa*, *Lisbon Brokers* e *EdP* (e neste último caso, também o TRL), considerou que a CMVM não podia usar tais elementos no processamento de contraordenações sem antes informar o arguido desse facto e de o advertir do seu direito à não autoincriminação e da possibilidade de se recusar a colaborar; por outro lado, o TRL e o TPI nos processos *BCP* admitiram a utilização de tais elementos de prova para instruir um processo contraordenacional.

Veremos que ambas as soluções correspondem, no essencial, às concepções desenhadas pela nossa doutrina, que, à semelhança da jurisprudência, também se divide na hora de se pronunciar sobre a relação entre os poderes de colaboração e o direito à não autoincriminação.

## 2.2. A doutrina

Podemos dividir a doutrina nacional essencialmente em três teses, que julgamos serem as que melhor ilustram o panorama a nível nacional – (i) a tese que pugna pela possibilidade de compatibilizar o dever de colaboração com o *nemo tenetur*, (ii) a tese que aceita que o *nemo tenetur* pode ser legitimamente restringido; e ainda aquela que apelidamos de concepção minimalista do direito ao silêncio.

Prosseguiremos com uma breve exposição de cada uma.

### 2.2.1. Tese de compatibilidade do dever de colaboração com o *nemo tenetur*

Esta tese, acolhida nas referidas sentenças do TPI, é a sustentada por Silva Dias e Costa Ramos.

Os Autores concebem o direito à não autoinculpação<sup>72</sup> com uma larga amplitude, estendendo-o a outras formas de cooperação além das declarações orais, como a entrega de documentos e outros elementos de prova, e sustentam que ele rege em todo o Direito Público Sancionatório, por via do n.º 10 do art. 32.º da CRP<sup>73</sup>.

O estabelecimento de deveres de cooperação não contende *per se* com o *nemo tenetur*. Estes deveres valem irrestritamente na fase de supervisão, na qual o *nemo tenetur* ainda não entrou em cena. Já em processo sancionatório, deverão ceder a partir do momento em que o seu cumprimento revista para o destinatário um significado autoinculpatório. O cumprimento dos deveres de cooperação apenas contendrá com o *nemo tenetur* quando a entidade supervisora se sirva dos seus poderes de fiscalização, e se aproveite daqueles deveres, para instruir o processo contraordenacional a expensas da pessoa ou entidade visada, transformando-a em figura central da própria condenação, e proferir uma decisão condenatória. Logo, não é a opção legislativa de integrar as competências supervisora e sancionatória, nem o estabelecimento de deveres de cooperação em si mesmos, que violam o *nemo tenetur*, mas sim o modo como eles são utilizados pela entidade supervisora<sup>74</sup>. Assim, quando surge a suspeita de cometimento de uma infração às regras da concorrência e a autoridade administrativa requer informações ou documentos às empresas, deve comunicar-lhes simultaneamente que, a partir desse momento, são constituídas arguidas num processo de natureza contraordenacional, nos termos do art. 58.º, n.º 1, alínea a) do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 do atual RJC ou 407.º do CVM, com a conseqüente assunção dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 60.º e 61.º do CPP, *v.g.* o direito à não autoinculpação. Caso a constituição de arguido não suceda por ação da autoridade administrativa, o visado pode requerê-la nos termos do n.º 2 do art. 59.º do CPP<sup>75</sup>.

Em caso de uma efetiva colisão de direitos, em virtude de uma atuação restritiva dos poderes públicos, em que se dê prevalência à supervisão, e se considere proporcional a restrição do *nemo tenetur* (art. 18.º, n.º 2 da CRP),

72 Utilizaremos a expressão “direito à não autoinculpação” por ser a utilizada pelos Autores na sua obra em comum, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: *passim*.

73 Cfr. Silva Dias, 2010a: 244-246.

74 Silva Dias, 2010a: 250.

75 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 75 e 76.

tal não deve significar a sua aniquilação. Há que preservar alguma vigência do princípio e o modo de o conseguir, *de jure constituto*, é precisamente através da constituição de arguido<sup>76</sup>.

Quando a colaboração é feita voluntariamente e de forma esclarecida, não se colocam problemas de utilização dos elementos de prova fornecidos. Deverá ser comunicado aos visados que têm o direito de recusar a colaboração sempre que dela resulte a revelação de factos autoinculpatórios. Esta antecipação na comunicação justifica-se pela contaminação entre os processos de inspeção e de inquérito, da qual emerge o risco de autoinculpação<sup>77</sup>.

### 2.2.2. Tese da restrição legítima ao *nemo tenetur*

Figueiredo Dias e Costa Andrade reconhecem que o *nemo tenetur* (enquanto princípio que abarca o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação), tendo por fundamento constitucional as garantias processuais (art. 32.º e n.º 4 do art. 20.º da CRP), estende-se a *todo o processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo* (n.º 10 do art. 32.º da CRP), ainda que estejam em causa deveres de colaboração, nomeadamente quando do seu cumprimento possa resultar o perigo de uma perseguição penal<sup>78</sup>.

Não sendo, porém, um direito absoluto, admite restrições<sup>79</sup> (sobretudo no campo das atividades reguladas, por constituírem potencial fonte de riscos para bens fundamentais de natureza social ou coletiva), impostas através do estabelecimento de determinadas obrigações legais de colaboração das entidades reguladas, necessárias ao cumprimento das funções de vigilância de certas atividades económicas.

Tais restrições terão sempre de estar estabelecidas em lei prévia e deverão respeitar os princípios da proporcionalidade e da necessidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP). Elas situam-se, por excelência, nos ramos do Direito Penal Secundário ou no Direito Sancionatório Administrativo, em que os arguidos são maioritariamente pessoas coletivas, devendo, pelo contrário, no âmbito do Direito Penal clássico, valer um entendimento do *nemo tenetur* também ele clássico. Só assim é que o Direito Penal e Processual Penal podem cumprir as

76 Silva Dias, 2010a: 252.

77 Cfr. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 71-81.

78 Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 42 e 46.

79 Os Autores enumeram algumas limitações àquele direito no ordenamento jurídico português, *idem*, 44 e 45.

exigências que a evolução social e económica lhes dirige, e só deste modo se preserva o núcleo essencial das garantias processuais e das funções estaduais de controlo e vigilância, aptas à realização das tarefas constitucionais incumbidas ao Estado<sup>80</sup>.

As restrições desta natureza nunca atingirão o direito ao silêncio *stricto sensu*, podendo o arguido recusar-se a responder em interrogatório a partir do momento em que é confrontado com o cometimento de uma infração e se encontra submetido a um procedimento sancionatório, por ser essa a ocasião em que é constituído arguido e adquire as garantias de defesa estabelecidas no art. 61.º do CPP, *ex vi* art. 50.º do RGCO<sup>81</sup>.

Dado que o CVM torna claro que *o processamento das contraordenações é parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM*, esta tem competência para processar e sancionar os ilícitos de que tome conhecimento em fase de supervisão. O contrário desproveria a supervisão de toda a sua eficácia. Assim, o aproveitamento das informações recolhidas no âmbito de supervisão para instruir um processo de contraordenação não constitui uma violação do *nemo tenetur* mas uma *restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida*<sup>82</sup>.

Também Sousa Mendes se alinha com esta posição, justificando uma restrição ao *nemo tenetur* a partir do princípio de que as atividades económicas não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos. Se um particular quer desenvolver uma tal atividade, compreende-se que tenha de ter para com o Estado uma certa lealdade que, no âmbito de uma atividade regulada, se concretiza num dever de colaboração para com a autoridade competente. Paralelamente, compreende-se que o mesmo particular tenha de abdicar, naquele âmbito de exercício da atividade, das tradicionais garantias de proteção diante do Estado, sem nunca deixarem de valer os direitos a ser informado de que corre inquérito contra si, quando tiver de se sujeitar a diligências de investigação, e o direito de se fazer acompanhar por um advogado em qualquer fase do processo, aplicando-se deste modo o art. 61.º, n.º 1 do CPP, nas alíneas *c)* e *f)*<sup>83</sup>.

80 *Idem*, 46 a 48.

81 *Idem*, 49.

82 *Idem*, 24 a 27.

83 Cfr. Sousa Mendes, 2010b: 138.

### 2.2.3. Tese minimalista do direito ao silêncio

Na esteira de Costa Pinto, o direito ao silêncio, que tem fundamento constitucional na previsão dos direitos de defesa (art. 32.º, n.º 1), abrange somente as declarações orais, deixando de fora a recusa de entrega de elementos que estejam em poder da entidade visada e que lhe sejam requeridos pela entidade reguladora, pois tal frustraria a execução de diligências de prova a que os arguidos se encontram sujeitos nos termos dos artigos 61.º, n.º 3, alínea *d*) e 60.º do CPP<sup>84</sup>.

Referindo-se ao dever de colaboração das entidades sujeitas a supervisão da CMVM, salienta a sua indispensabilidade para que esta entidade prossiga uma supervisão eficaz, por forma a que se efetive a tutela constitucional do bem público mercado de valores mobiliários<sup>85</sup> – tarefa estadual estabelecida nos artigos 81.º, alínea *f*) e 101.º da CRP, referentes à garantia de funcionamento eficiente dos mercados e à proteção das condições de funcionamento do sistema financeiro, respetivamente. Por outro lado, este dever representa a contrapartida do privilégio de acesso ao mercado de valores mobiliários, valendo tanto na fase de supervisão, como quando já está em curso um processo de contraordenação<sup>86</sup>.

Já as garantias de defesa do arguido apenas têm lugar quando existe um procedimento sancionatório, a partir do momento em que se confronta um arguido com uma infração cometida (como, aliás, decorre do art. 50.º do RGCO, que identifica pela primeira vez o estatuto do arguido a propósito do exercício do direito de defesa perante uma contraordenação que lhe é imputada). Aqui, o dever de colaboração pode cessar, na medida em que se reconheça que a omissão de resposta corresponde a um direito ao silêncio<sup>87</sup>. Numa prévia fase de supervisão, em que ainda não existe arguido, não há garantias processuais e, como tal, o direito ao silêncio não tem cabimento. Não se pode tratar a fase de supervisão como um inquérito criminal, que nem sequer existe em processo contraordenacional, argumenta COSTA PINTO sublinhando a necessidade de respeitar a autonomia deste tipo de processo e

84 Cfr. Costa Pinto, 2009: 95-99.

85 *Idem*, 71 e ss.

86 *Idem*, 97 e ss.

87 *Idem*, 92.

o limite da aplicação do processo penal como direito subsidiário (que apenas se aplica quando não resultar do RGCO o contrário, art. 41.º, n.º 1)<sup>88</sup>.

O Autor considera legítima a utilização dos elementos obrigatoriamente fornecidos no âmbito da atividade de supervisão em processo contraordenacional contra a arguida. Acrescenta que a supervisão tem uma componente sancionatória que lhe é incindível, pois toda a supervisão implica um controlo da legalidade da atuação das entidades e pessoas supervisionadas, e aquela não poderá ser eficaz sem uma tutela sancionatória. Ademais, todos os ilícitos identificados na atividade supervisora correspondem a infrações sujeitas ao princípio da legalidade da promoção processual<sup>89</sup>. A própria CMVM tanto acompanha e fiscaliza a atividade dos agentes no mercado de valores mobiliários (art. 360.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) do CVM), como instrui os processos e pune as infrações da sua competência (art. 360.º, n.º 1, alínea *e*) do CVM). Se a CMVM não pudesse exercer ambas as competências, criar-se-ia uma “zona franca de responsabilidade”, pois qualquer elemento que fosse entregue na fase de supervisão, e que mais tarde se relacionasse com uma infração, jamais poderia ser usado como prova, e as competências sancionatórias quedariam inutilizadas<sup>90</sup>.

### 2.3. Conclusão

Do todo o exposto podemos retirar a conclusão de que, no essencial, a jurisprudência do TCL, desenvolvida no âmbito dos processos de infrações às normas de direito da concorrência, se inspirou na jurisprudência dos Tribunais Europeus. *Grosso modo*, ambas reconhecem a existência de um direito à não autoincriminação, mas admitem-lhe restrições, sustentadas pelo facto de existirem deveres de colaboração e pela eficiência na tarefa de defesa da concorrência. Inserem-se na mesma linha as conceções de Figueiredo Dias e Costa Andrade e Sousa Mendes, bem como os acórdãos do TRL relativos aos processos no domínio dos mercados de valores mobiliários.

As conclusões de Costa Pinto também convergem com as da tese da restrição legítima do *nemo tenetur*, apesar de partirem de um pressuposto diferente

88 *Idem*, 88.

89 O Autor refere ainda que o próprio CVM integra o poder sancionatório na supervisão (art. 358.º) e a comunicabilidade das provas encontra-se prevista nos arts. 361.º, n.º 2, alínea *a*), 364.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*) do CVM, cfr. Costa Pinto, 2009: 81.

90 *Idem*, 78 e ss. e 105 e ss.

– que o direito ao silêncio corresponde ao que literalmente está previsto na alínea d) do n.º 1 do art. 61.º do CPP, i. e., abrange somente as declarações orais. Por ter apenas este conteúdo, não se preveem restrições, valendo o direito ao silêncio *stricto sensu* igualmente em processo penal e contraordenacional.

Em suma, todos admitem que o arguido se possa recusar a declarar, e todos entendem que a autoridade administrativa pode obrigar a que o mesmo entregue elementos de prova, designadamente documentos, contra a sua vontade, ao abrigo do dever de colaboração, apesar de divergirem quanto à possibilidade de se fazer uma distinção entre tipos de documentos cuja entrega coativa pode ser ou não recusada.

Totalmente divergente é a tese sustentada por Silva Dias e Costa Ramos, coincidente com o adotado na jurisprudência do TPI, que defende que o dever de colaboração e o *nemo tenetur* não têm propriamente de conflitar, mas que a tensão pode acontecer por atuação desleal da autoridade administrativa e, só nesse caso, pode ter de se ponderar uma restrição, sem nunca aniquilar aquele direito.

Antes de prosseguirmos com uma análise crítica das conceções enunciadas, é de advertir que, apesar de o domínio das infrações do mercado de valores mobiliários ser equiparável ao das infrações às normas de direito da concorrência – pela similitude dos deveres de colaboração estabelecidos no seu regime legal e pela estrutura processual equivalente (que concentra na mesma entidade os poderes de supervisão, de investigação, acusação e aplicação de sanções) –, não se podem menosprezar as suas especificidades que, com certeza se irão repercutir nas conclusões a que chegarmos no que diz respeito à tensão entre os deveres de colaboração estabelecidos no RJC e o *nemo tenetur*.

### 3. Análise crítica

#### 3.1. Da posição da jurisprudência dos Tribunais Europeus e do TCL

Começaremos por analisar a jurisprudência dos Tribunais Europeus – e do TCL, que a seguiu – e a sua compatibilidade com a interpretação dada pela jurisprudência do TEDH ao art. 6.º da CEDH.

Como vimos, quer os Tribunais Europeus, quer o nosso TCL, aceitam a validade de um direito à não autoincriminação nos processos relativos a práticas restritivas da concorrência, apesar de limitado pelo facto de existirem deveres de colaboração para com a Comissão – e a AdC –, que impõem o fornecimento obrigatório de todas as informações puramente factuais neces-

sárias relativas aos factos de que o arguido possa ter conhecimento, bem como de documentos preexistentes, com relevância para a prova da infração.

Aceitando que o arguido não se pode recusar a prestar informações puramente factuais ou documentos preexistentes por se entender que essa prestação não constitui *per si* uma confissão, estamos a partir da ideia de que só quando uma declaração, ou um documento, acuse inequivocamente a prática da infração é que é autoincriminatório, contrariamente ao que decidiu o TEDH no caso *Saunders*, que admitiu que prova incriminatória não tem de ser tão só uma confissão direta e inequívoca, mas pode ser também, por exemplo, declarações que aparentemente não sejam incriminatórias mas que sejam utilizadas pela acusação para criar dúvidas sobre a credibilidade do acusado quando confrontadas com outras declarações<sup>91</sup>. Já um conjunto de informações puramente factuais, ou de documentos preexistentes, que isoladamente não seriam suficientes para provar a comissão de uma infração, mas que reunidos, ao longo de sucessivos pedidos da autoridade administrativa, seriam aptos a sustentar uma condenação, não se encontram abrangidos na possibilidade de recusa que o direito à não autoincriminação legítima. Também desta forma estamos a admitir que, à medida que vai colaborando, o arguido esteja a contribuir sozinho, e contra a sua vontade, para a sua própria incriminação, ou, em linguagem coloquial, a “cavar sozinho a sua própria sepultura”, em manifesta contrariedade com o que vimos ser o critério do TEDH da *vontade do acusado*, no sentido de que não podem ser utilizados como prova os elementos que tenham sido obtidos à sua custa e contra a sua vontade<sup>92</sup>.

De resto, restringir o direito à não autoincriminação à recusa de fornecimento de respostas através das quais o arguido seja levado a admitir a comissão da infração e que não sejam puramente factuais, e à recusa de entrega de documentos que não sejam preexistentes, em bom rigor, equivale a afirmar que a Comissão e a AdC apenas ficam impedidas de perguntar diretamente ao visado se cometeu a infração ou se tinha consciência de que estava a restringir a concorrência<sup>93</sup>. Imaginemos uma investigação de um alegado cartel. As autoridades estariam impedidas de perguntar às arguidas se, de facto, participaram numa concertação de preços, no entanto, estas já poderiam ser obrigadas a entregar toda a correspondência que tivessem trocado entre si

91 Cfr. *Saunders c. Reino Unido* (29.11.1996), §71 e ss.

92 *Idem*, 97 e ss.

93 No mesmo sentido, Costa Ramos, 2010: 186.

e a responder a perguntas puramente factuais acerca de todas as flutuações de preços que praticaram e das datas em que elas ocorreram. Não será esta alternativa muito mais incriminatória e igualmente contrária à vontade do arguido?

Tanto o TJ, como o TCL, dão relevância à possibilidade de o arguido poder exercer o contraditório *a posteriori* para atribuir aos documentos ou elementos puramente factuais que fora obrigado a entregar um significado diverso daquele que foi atribuído pela autoridade em causa ou pelo Tribunal, bem como à possibilidade de impugnação judicial e de recurso. Contudo, parece-nos que de pouco servirá ao arguido, após ter contribuído abundantemente para a sua incriminação através do fornecimento de todos aqueles meios de prova, tentar demonstrar que estes têm um significado diferente. Desde logo, pela óbvia razão de que, por serem “puramente factuais”, terem precisamente a característica de transparecerem um só significado, e por essa razão, serem tidos por mais credíveis aos olhos do julgador. Claro está que as declarações que sejam prestadas posteriormente se tornarão, na maioria das vezes, despidiendas<sup>94</sup>.

Importa ainda verificar se a proposição apresentada pelos Tribunais se encontra de acordo com a decisão do TEDH no caso *Jalloh*, em que, pela primeira vez, o Tribunal indica quais os critérios que deverão ser tidos em conta para determinar se houve ou não violação do *nemo tenetur* num caso concreto. São eles: (i) a natureza e grau da compulsão”, (ii) a existência de garantias relevantes no processo e (iii) a utilização dada ao material obtido<sup>95</sup>.

Antes de mais, não há qualquer dúvida quanto à existência de uma compulsão direta sobre o arguido, através da ameaça de aplicação de uma coima que pode ir até 1% do volume de negócios (artigos 69.º, n.º 3 e 68.º, n.º 1, alíneas *b)* a *j)* do RJC e 23.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* do Regulamento 1/2003), sendo por isso altamente restritiva dos direitos patrimoniais. Nestes termos, é manifesto que a sua contribuição no fornecimento de elementos de prova para o processo assenta no pressuposto de que, se não o fizer, será sancionado e, como tal, não é, de todo, totalmente livre.

Em relação às garantias dadas no processo, já referimos a relevância que o TJ e o TCL dão à possibilidade de exercer o contraditório, de impugnar judicialmente a decisão da Comissão ou da AdC e de intentar recurso, e vimos

94 Também Costa Ramos, 2010: 186 e 187.

95 Acórdão do TEDH, *Jalloh*, §101.

que, na prática, estas garantias não são suficientes para assegurar uma defesa efetiva, em respeito pela dignidade do arguido.

Por fim, dado que a Comissão e a AdC naturalmente que utilizam tais elementos de prova para formar a sua convicção e sustentar as decisões de condenação, também o terceiro requisito se cumpre.

Verificados que estão os critérios estabelecidos no caso *Jalloh*, conferimos que a restrição do direito à não autoincriminação, admitida na jurisprudência do TJ e do TCL, afeta aquele direito na sua essência. O critério que estes dois tribunais invocam é manifestamente contrário à presunção de inocência, já que obriga o arguido a carrear meios de prova que o podem incriminar, em vez de ser a entidade acusadora, convicta da culpabilidade do arguido, a empreender esforços nesse sentido.

Pelo exposto, concluímos que a jurisprudência em análise não se mostra coerente com a jurisprudência do TEDH, nem com o art. 6.º da CEDH. E não aceitamos o argumento de que esta divergência se deve ao facto de as decisões do TEDH dizerem respeito à aplicação do direito ao silêncio e à não autoincriminação em processos em que os visados eram pessoas singulares e que podiam conduzir a penas privativas da liberdade ou outras sanções de carácter penal, contrariamente ao que sucedia nos casos apreciados pelos Tribunais Europeus e pelo TCL<sup>96</sup>.

Ora, no nosso ordenamento jurídico, as pessoas coletivas têm responsabilidade penal (art. 11.º do CP) e, conseqüentemente, são beneficiárias das mesmas garantias processuais que as pessoas singulares, desde que compatíveis com a sua natureza, como é o caso do direito ao silêncio e à não autoincriminação. Recordamos que, tanto no RJC, como no Regulamento 1/2003, o dever de colaboração é imposto tanto às empresas como aos seus representantes legais, podendo ambos ser responsabilizados pela sua violação (pelo menos a nível nacional), nos termos dos artigos 73.º e 69.º, n.º 4 do RJC e 18.º, n.º 4 do Regulamento 1/2003. Ademais, o conceito de empresa em Direito da Concorrência é corporizado tanto por uma pessoa coletiva, como por uma pessoa singular<sup>97</sup>.

96 Argumento este invocado nomeadamente por Martinho, 2010: 167 e ss. e Wils, 2003: 12, 13. Contrariamente, no nosso sentido, Sousa Mendes entende que a divisória entre as pessoas singulares e coletivas não tem razão de ser, cfr. Sousa Mendes, 2010b: 136, 137.

97 O conceito de empresa no direito da concorrência é um “conceito funcional que assenta essencialmente na existência de uma autonomia real de comportamentos no mercado e que visa indistintamente as pessoas singulares e as pessoas coletivas, sejam ou não dotadas de personalidade jurídica. Nos termos duma

Reiteramos ainda que o Direito Sancionatório da Concorrência, pela gravidade dos seus ilícitos e pela severidade das suas coimas, se vem aproximando mais de um Direito Penal do que das primitivas contraordenações bagatelares, e que, no entendimento da jurisprudência do TEDH, a violação de regras do direito da concorrência tem uma natureza penal para efeitos da aplicação do art. 6.º da CEDH.

### 3.2. Das questões controversas

Creemos que é despicendo nos alongarmos novamente em argumentos que sustentem a existência de um direito à não autoincriminação, mais amplo que o direito ao silêncio. Para tal remetemos para o capítulo no qual abordámos o conteúdo do *nemo tenetur*<sup>98</sup>.

Aparte este aspeto, identificamos quatro questões que se impõe formular nesta controvérsia, e em relação às quais urge tomar uma posição. Desde o início do nosso estudo que lançámos a questão se haveria ou não um verdadeiro conflito entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur*. Pois então, a primeira questão a colocar será precisamente se a previsão de deveres de colaboração no RJC colide com o *nemo tenetur*. Em caso de colisão, impõe-se uma nova pergunta: deverá o dever de colaboração prevalecer, por configurar uma restrição legítima àquele direito?

A questão com maior relevância prática, e que tem servido de mote à reflexão acerca das duas primeiras, quando suscitada nos Tribunais: é legítimo o aproveitamento em processo contraordenacional dos elementos de prova recolhidos contra a arguida na fase de supervisão?

Por fim, importa perceber qual o momento em que se inicia o exercício do poder sancionatório e termina o exercício da supervisão.

#### 3.2.1. O estabelecimento de deveres de colaboração colide com o *nemo tenetur*?

Recordamos que, no entendimento de Figueiredo Dias e Costa Andrade, a mera previsão de deveres de colaboração, quer no CVM, quer no RJC, constitui por si só uma restrição à vigência do *nemo tenetur*. Mas será que a

---

jurisprudência constante dos tribunais comunitários, a empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo, de forma durável, um fim económico determinado”, cfr. Pais Antunes, 1995: 18 (nota 4).

98 Capítulo II, pontos 1 e 4.3.

existência de deveres de colaboração é incompatível com este direito? Não será possível garantir o espaço de realização de cada um?

No normal exercício dos seus poderes de supervisão, a AdC procede a um mero controlo do sistema com vista ao seu funcionamento regular. É legítimo que, nesta fase de mero acompanhamento do mercado, a autoridade recorra largamente ao dever de colaboração que os agentes económicos têm para com ela. Esse dever vale irrestritamente, pois não colide com nenhuma garantia processual pelo simples facto de que (ainda) não há um processo de contraordenação, nem arguido ou, hoje, visado. Não estamos portanto no âmbito de validade do *nemo tenetur*.

Quando é instaurado um procedimento sancionatório e passa a existir um “visado”, entra em cena o direito à não autoincriminação. O dever de colaboração não deixa de existir (até porque o RJC o estabelece para ambos os processos – de supervisão e sancionatório), mas deixa de poder ter o alcance de obrigar o respetivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional, fornecendo material autoincriminatório. Nada impede, porém, que se imponha a cooperação do “visado” para a prestação de informações e documentos que não tenham umnexo causal com a contraordenação sob investigação, ou de um terceiro que não seja suspeito do cometimento dessa contraordenação.

Ora, perante este quadro, não identificamos qualquer conflito. Este só emerge quando a AdC – que, por concentrar os poderes de supervisão e as competências sancionatórias – é tentada a protelar a fase de supervisão e se aproveita do dever de colaboração do visado para, à sua custa, instruir o processo contraordenacional e, por fim, proferir uma decisão condenatória, sem que seja dada ao visado a oportunidade de recusar a colaboração por invocação do *nemo tenetur*, transformando-o assim em instrutor do processo e em figura central da própria condenação, ao arrepio dos princípios da presunção de inocência, do processo equitativo e das mais elementares garantias de defesa<sup>99</sup>.

Delimitada a área de conflito, podemos agora identificar uma verdadeira colisão de direitos fundamentais – a liberdade de iniciativa económica, direito de natureza análoga à dos DLGs<sup>100</sup>, e princípio fundamental da organização

99 Neste sentido, Silva Dias, 2010a: 250 e 251.

100 Note-se que nos termos do art. 17.º da CRP, aos direitos fundamentais de natureza análoga aos DLGs aplica-se-lhes, *mutatis mutandis*, o mesmo regime dos DLGs.

económica que o dever de colaboração visa em última instância proteger; e o *nemo tenetur*, corolário da presunção de inocência<sup>101</sup>.

Em suma, concordamos com Silva Dias e Costa Ramos em como não é a existência dos deveres de colaboração que origina uma violação ao *nemo tenetur*. Aquele dever, e este direito, não colidem em abstrato. Pode sim surgir um potencial conflito, mas isso deve-se ao *modus operandi* da AdC que, num cenário de concentração de poderes, pode ser tentada a fazer deles uma utilização abusiva, atuando de forma desleal em detrimento dos direitos de defesa do arguido<sup>102</sup>.

### 3.2.2. Na hipótese de conflito, deverá o dever de colaboração prevalecer?

Tanto Figueiredo Dias e Costa Andrade, como Sousa Mendes parecem defender uma prevalência do dever de colaboração em detrimento da realização do *nemo tenetur*, sob a justificação de que nos situamos no âmbito do Direito Sancionatório Administrativo, em que os arguidos são maioritariamente pessoas coletivas e estão em causa atividades económicas não absolutamente livres, mas sujeitas a restrições e condicionamentos, e por isso é legítimo que as garantias de proteção diante do Estado não tenham de igualar as do Direito Penal clássico.

Os Autores ressalvam que é possível restringir o conteúdo do *nemo tenetur* na medida em que não se interfira no seu núcleo essencial, que identificam como sendo o direito de recusa em prestar declarações em procedimento sancionatório.

Vejam se faz sentido transpor este entendimento para o domínio do Direito da Concorrência e se a restrição do *nemo tenetur*, em prol da defesa da concorrência, é legítima à luz dos princípios constitucionais que regem uma colisão de direitos.

#### a) A diferente natureza do dever de colaboração para com a AdC e para com a CMVM

Adiantamos que o argumento dos Autores não se torna tão pertinente no âmbito do Direito da Concorrência. A supervisão levada a cabo pela CMVM é bem distinta da prosseguida pela AdC. A CMVM faz uma supervisão prudencial, por natureza, contínua (art. 362.º do CVM), de constante “acom-

101 Vide Anastácio, 2010: 207 e ss.

102 Silva Dias, *idem*.

panhamento' da atividade dos intermediários financeiros, dos mercados e das entidades internas de regras sobre rácios de solvabilidade, fundos próprios, reservas e riscos. Engloba o acompanhamento, no exercício da atividade de gestão de mercados, do cumprimento das regras sobre contratação e realização de operações nos mercados”<sup>103</sup>.

Uma das tarefas que a CMVM tem neste âmbito é de conceder autorizações de entrada no mercado regulado, quer às firmas que pretendem operar nos mercados financeiros, quer aos seus responsáveis, que devem corresponder a requisitos pessoais e de idoneidade – *fit and proper*<sup>104</sup>. “O acto administrativo de autorização de exercício de atividades [ ] constitui simultaneamente uma *situação jurídica complexa, reforçada e prolongada*. Dela decorrem direitos e deveres variáveis conforme o tipo de ato ou conduta em causa, nomeadamente de manter as condições que levaram à outorga da autorização, e constante conformidade com a regulação do sector em causa”<sup>105</sup>.

A informação necessária aos objetivos da supervisão tem por base o dever de colaboração dos supervisionados de elaborarem, manterem e disponibilizarem continuamente informação sobre a atividade objeto de controlo e vigilância. Este dever constitui para os supervisionados uma contrapartida de acesso ao mercado regulado. Quem nele pretenda operar, tem de cumprir as condições para poder entrar na “*relação jurídica regulatória*” com a CMVM<sup>106</sup>.

Parece-nos difícil equiparar o dever de cooperação das entidades submetidas a supervisão da CMVM com um dever de cooperação tão generalizado como o dos agentes económicos para com a AdC, ao ponto de incluir, conforme a redação do art. 8.º dos Estatutos de AdC, “empresas, associações de empresas [e] *quaisquer outras pessoas ou entidades*” (itálico nosso).

É certo que as atividades económicas em geral não são absolutamente livres, mas sujeitas a restrições e condicionamentos, como refere Sousa Mendes. Porém, tais restrições e condicionamentos não são da mesma dimensão daqueles que existem no mercado de valores mobiliários, pois não há uma relação jurídica prévia com a AdC que justifique que ele seja tido por contrapartida e, por conseguinte, não pode este dever ser tão forte e essencial como aquele, nem prevalecer sem mais sobre o *nemo tenetur*.

103 Catarino, 2010: 296 e 297.

104 *Ibidem*.

105 *Idem*, 292.

106 *Idem*, 487 e 278.

**b) Os requisitos a cumprir para que a restrição ao *nemo tenetur* seja legítima**

Não nos parece adequado optar por restringir um direito (*nemo tenetur*) para salvaguardar outro (defesa da concorrência e, em última instância, livre iniciativa económica), sem ponderar previamente se é possível lograr uma concordância prática entre os interesses colidentes que possibilite a realização de ambos, na esteira de Dworkin e Alexy, acolhida pela doutrina nacional<sup>107</sup>. Essa concordância faz-se, não através de um critério *all or nothing*, mas restringindo o mínimo de cada direito até que seja possível a sua harmonização no caso em concreto. Já se um princípio, direito ou garantia é superior a outro, segundo critérios de relevância constitucional, e não é possível *in casu* salvaguardar um conteúdo nuclear do princípio considerado inferior, então aí sim, este último pode ser sacrificado<sup>108</sup>.

Porque o direito à não autoincriminação não é de todo um direito absoluto, é possível ponderar uma certa limitação para salvaguardar a realização de outro direito, bem ou interesse, com o intento de os poder harmonizar. Porém, advirta-se, “[a] cedência da barreira protetora dos direitos fundamentais só pode suceder se, no caso concreto, estiver a necessidade de proteção de outros direitos fundamentais. Quanto mais relevantes forem os direitos restringidos, mais relevantes terão de ser aqueles que se visa realizar ou proteger”<sup>109</sup>. Ora, isso significa que é imperativo que a restrição, para que seja legítima – e aqui já concordamos inteiramente com Figueiredo Dias e Costa Andrade –, tenha de ser proporcional, nos termos do n.º 2 do art. 18.º da CRP – i. e., proporcional (em sentido restrito), adequada e necessária<sup>110</sup> – e não pode atingir, de modo algum, o *núcleo essencial* daquele direito, em conformidade com n.º 3 do art. 18.º da CRP.

Aceitamos, essencialmente por razões históricas, o núcleo essencial conformado por Catarina Anastácio (que equivale ao conteúdo do direito quando surgiu na Magna Charta), de que “ninguém pode ser coagido a emitir declarações autoincriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação

107 A base deste entendimento está no *princípio da unidade da Constituição*, que decorre da exigência de “coerência narrativa” do sistema jurídico. Este princípio é dirigido a todas as autoridades encarregues de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem” como se se tratasse de uma obra do mesmo autor, exprimindo uma conceção correta do direito e da justiça (Dworkin). Canotilho, 2011: 1183-1184. Vide Alexy, 2008.

108 Cfr. Vieira de Andrade, 2009: 326 e ss.

109 Cfr. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 23.

110 Acerca dos corolários do princípio da proporcionalidade, vide Canotilho & Moreira, 2007: 392 e 393.

*numa infração, uma vez que tal admissão, a verificar-se, deverá ser sempre um ato totalmente livre e consciente*<sup>111</sup>.

Salvaguardamos que o princípio da proporcionalidade impede que o direito à não autoincriminação se reduza a este conteúdo irredutível. À partida, uma compressão deste direito será menor, não chegando ao ponto de atingir essa barreira, o que só poderá suceder em casos extremos.

Verifiquemos então se a restrição ao *nemo tenetur* preconizada pelos Autores cumpre com os critérios do princípio da proporcionalidade.

Se, em relação ao princípio da adequação, podemos admitir que a imposição de deveres de cooperação em detrimento do *nemo tenetur* possa ser eficaz na prossecução da finalidade de defesa da concorrência e que, por isso, se cumpre, acreditamos que a restrição defendida por Figueiredo Dias e Costa Andrade não respeita os princípios da necessidade, nem da proporcionalidade em sentido restrito.

Nos termos do já referido art. 18.º, n.º 1, alíneas *c)* e *d)* do RJC, a AdC dispõe das prerrogativas para a realização de buscas, exame, recolha e apreensão *de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte*, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das empresas e de selagem dos locais das instalações de empresas. Admite-se inclusivamente, apesar de apenas em casos muito excepcionais, a realização de buscas domiciliárias e a apreensão de documentos protegidos por segredo profissional e/ou sigilo bancário (artigos 19.º e 20.º do RJC).

Estes poderes são mais do que suficientes para possibilitar o acesso direto às informações e documentos pretendidos e para garantir que as finalidades de supervisão sejam logradas, ainda que possa implicar algum recuo de eficácia<sup>112</sup>. Acresce o facto de, paralelamente, a AdC ainda dispor de outros mecanismos para obter a colaboração das empresas que não podem ser menosprezados. Falamos do regime da clemência, que certamente terá grande influência na decisão das empresas em adotar ou não uma colaboração voluntária, aliciadas pela contrapartida de beneficiarem de uma atenuação ou, até mesmo, da dispensa da coima. E ainda do regime dos procedimentos de transação nas fases de instrução e de inquérito, que implica o reconhecimento por parte das empresas da sua responsabilidade numa infração às regras da concorrência,

111 Cfr. Anastácio, 2010: 217.

112 No mesmo sentido, e referindo-se aos poderes que a AdC tinha ao abrigo da anterior Lei da Concorrência, que eram menores, Costa Ramos, 2010: 192 e 193.

entrando em cooperação com a AdC e permitindo assim que esta sancione as infrações de forma atempada e efetiva, em troca de uma redução da coima a ser imposta (artigos 75.º e ss. e 22.º e 27.º do RJC, respetivamente).

Assim, o dever de cooperação é apenas um dos meios que a AdC tem ao seu dispor para poder obter a prova que sustenta uma decisão condenatória. Por contar com aquelas prerrogativas e com estes mecanismos, torna-se supérflua a transformação da entidade visada em auxiliar de investigação, em violação do direito à não autoincriminação. Não se cumpre, portanto, o princípio da necessidade.

Por fim, a restrição tão pouco se afigura proporcional (em sentido restrito). Em primeiro lugar, devido ao carácter da coação que impende sobre o arguido – direta, intensa e imediata, através da imposição de uma sanção pecuniária de elevado montante. Em segundo lugar, vale na íntegra o entendimento exposto *supra* de que o direito ao contraditório e à impugnação judicial ficam vazios de conteúdo quando o arguido já se viu antes obrigado a revelar, de forma completa, toda a documentação que dispunha<sup>113</sup>.

Assim, concluímos que a restrição ao *nemo tenetur*, tal como é configurada pelos referidos Autores em prol do dever de colaboração, é manifestamente desproporcional. Não só afeta aquele direito, como também o complexo de garantias de que o arguido dispõe ao longo do processo contraordenacional. Ademais, como vimos, não se justifica que o conteúdo do direito à não autoincriminação varie consoante se trate de um processo penal ou contraordenacional. Também aqui o arguido se encontra numa especial situação de fragilidade por se encontrar sujeito a uma investigação e acusação e, deste modo, também aqui não é a ele que cabe provar a sua inocência, mas sim à acusação provar a sua culpa.

Reiteramos que o dever de colaboração não deixa de existir pelo facto de se iniciar um processo contraordenacional, porém, o direito à não autoincriminação impede que ele possa ter o mesmo alcance de obrigar o respetivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional fornecendo material autoincriminatório.

---

113 *Supra*, 3.1.

### 3.2.3. Será legítimo o aproveitamento em processo contraordenacional dos elementos de prova recolhidos contra a arguida na fase de supervisão?

Tanto Figueiredo Dias e Costa Andrade como Costa Pinto admitem a comunicabilidade dos elementos de prova entre a fase de supervisão e a atividade de processamento das contraordenações, já que esta é parte integrante da supervisão da CMVM e aquela não poderá ser eficaz sem uma tutela sancionatória. Além de que todos os ilícitos identificados na atividade supervisora correspondem a infrações sujeitas ao princípio da legalidade da promoção processual.

É natural que, no constante exercício dos seus poderes de supervisão, sejam fortes as probabilidades de a CMVM encontrar alguma irregularidade e ser confrontada com a prática de ilícitos (penais ou contraordenacionais), tendo de dar início à competente investigação. Para mais, a linha que divide a competência de supervisão e a competência sancionatória da CMVM é muito ténue, como se pode retirar do disposto no CVM, acerca do processamento de contraordenações fazer parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM (artigos 358.º, alínea e), 360.º, alínea e) e 408.º).

Compreende-se portanto que alguns Autores identifiquem uma certa “promiscuidade” entre os dois tipos de procedimentos<sup>114</sup> e que o conflito entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur* seja mais difícil de evitar.

A AdC, por seu turno, tem amplos poderes de investigação, mas historicamente tem-nos usado sobretudo no processamento de contraordenações. O essencial da sua intervenção ocorre *ex post*, “*de modo instantâneo, com finalidade proscritiva ou terapêutica*”<sup>115</sup> (itálico nosso). Por exercer muito menos os seus poderes de supervisão, e ainda que esses poderes tenham aumentado com a novo RJC, é menos usual que no seu exercício venha a descobrir algum indício de prática de infração ao direito da concorrência e, por isso, é bem mais frequente que o procedimento seja desencadeado mediante denúncia<sup>116</sup>. Para além de que, tanto o RJC como os Estatutos da AdC, contrariamente ao CVM, separam os processos de supervisão e sancionatório, não integrando este último no primeiro, como o faz o CVM. São atividades

114 Vide António Gageiro, 2009: 61 e 62 e Veiga, 2009: 147.

115 Calvete, 2010: 95.

116 Para Víctor Calvete a AdC não é um regulador. O sentido da sua intervenção inscreve-se numa lógica diversa da que rege a atuação dos reguladores sectoriais. É suposto que a sua intervenção, tipicamente *ex post*, se limite a verificar se os agentes económicos atuaram ou criaram regras de atuação em prejuízo do mercado, e a evitar que o comportamento de uns seja constrangido por outros. Cfr. Calvete, 2010: *passim*.

distintas, e encontram-se autonomizadas (art. 7.º, n.ºs 1, 2 e 3 dos Estatutos da AdC e artigos 13.º e ss.; 58.º e ss. e 60.º e ss. do RJC). Assim sendo, aquela promiscuidade que se aponta na atuação da CMVM não se dá nos mesmos termos no domínio das infrações ao RJC. É, portanto, mais fácil marcar uma fronteira entre o exercício dos seus poderes de supervisão e o exercício dos seus poderes sancionatórios e, por conseguinte, evitar o conflito entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur*<sup>117</sup>.

Ainda assim, pode suceder que a AdC exerça os seus poderes de supervisão solicitando pedidos de informação e documentos às empresas visadas no âmbito de um inquérito sectorial e dessa informação surja a suspeita da prática de uma infração.

Silva Dias e Costa Ramos defendem, no âmbito das infrações tributárias, uma separação efetiva dos processos de fiscalização e sancionatório, não só de um ponto de vista substantivo, mas também de um ponto de vista procedimental. Ela pode ocorrer dentro da mesma entidade, basta que o dever de denúncia de existência de uma infração que impende sobre cada funcionário não seja acompanhado da transmissão de documentos e informações fornecidos pela entidade visada sob ameaça de sanção, e que a entidade competente para a instrução das contraordenações fique impedida de aceder a tais elementos, mas, já não, de receber a notícia da infração e de se socorrer dos habituais meios de obtenção de prova como as buscas, exames e apreensões<sup>118</sup>.

Sendo certo que, no nosso ordenamento jurídico, a articulação entre ambos os tipos de processos forma o paradigma dominante, acima de tudo pelo facto de a mesma entidade fazer supervisão, investigar, instruir, instruir e punir, parece-nos que pouco sentido faria defender uma *Chinese Wall* que impedisse a comunicabilidade dos elementos de prova entre os dois procedimentos. Seria até um tanto ou quanto irreal implementá-lo na estrutura de uma autoridade administrativa de tão reduzidos recursos humanos, como é o caso

---

117 O TC, no recente acórdão n.º 461/2011, pecou por uma má transposição do tratamento dado a esta temática no âmbito do mercado de valores mobiliários para o Direito da Concorrência. Na sua decisão refere, a nosso ver erradamente, que a supervisão desempenhada pela AdC tem uma vertente dupla, preventiva – destinada a acautelar acuações contrárias à lei ou a regulamento – e repressiva – direcionada à repressão e sancionamento das infrações, com consequente ulterior organização de processos contraordenacionais, relativamente a ilícitos de mera ordenação social e comunicação ao Ministério Público de condutas indiciariamente tipificadas como crimes. Adiante, acrescenta que a competência sancionatória funciona como condição de eficácia da função de supervisão, pelo que o legislador optou por ligar intimamente o âmbito dos dois domínios de atuação da AdC.

118 Cfr. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 51 e ss.

da AdC, dentro da qual a informação naturalmente que flui de forma bem célere e sem constrangimentos. Foi inclusivamente inserida no novo RJC uma disposição que permite precisamente que a informação e documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da AdC possa ser utilizada como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela AdC (art. 31.º, n.º 5).

Concordamos quando Figueiredo Dias e Costa Andrade e Costa Pinto sustentam que o seu dever de promover oficiosamente a abertura do processo de contraordenação obriga a autoridade administrativa a utilizar tais elementos de prova. Caso contrário, criar-se-ia uma “zona franca de responsabilidade” e qualquer elemento entregue à supervisão, e que fosse mais tarde relacionado com uma infração, ficaria inutilizado, não podendo servir como prova. O que não é aceitável é que ela protele artificialmente a fase de supervisão para obter, à custa do dever de colaboração da entidade supervisionada, os elementos de prova que sustentarão mais tarde a sua própria condenação, sem lhe dar conhecimento de que há uma investigação a correr contra si. Nesta situação há uma efetiva violação do *nemo tenetur* e uma manifesta má fé processual na atuação da autoridade administrativa, eventualmente o que terá sucedido nos casos LJ Carregosa e Lisbon Brokers. E contrariamente ao que sustentam os Autores, estamos perante um meio enganoso de obtenção de prova – pois o arguido fora persuadido a contribuir para sua própria incriminação, em deturpação da sua vontade, prática que gera a nulidade da decisão condenatória na parte em que esta se baseia em prova proibida, conforme o disposto no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP, *ex vi* artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO, bem como dos n.ºs 8 e 10 do art. 32.º da CRP. Ademais, esta nulidade projeta os seus efeitos à distância, “envenenando” todos os atos que se escoram nos documentos e informações “contaminados”, incluindo a nota de ilicitude e a própria decisão condenatória.

#### **3.2.4. Em que momento é que se inicia o exercício do poder sancionatório?**

Figueiredo Dias, Costa Andrade e Costa Pinto pleiteiam também que o processo sancionatório apenas se inicia a partir do momento em que se confronta um suspeito com uma infração cometida, aquando da acusação, e se constitui o mesmo como arguido. Tal decorre do art. 50.º do RGCO, aplicável subsidiariamente. Só a partir de então é aplicável o regime do processo sanciona-

tório – e subsidiariamente o regime do processo penal –, assistindo ao arguido todos os direitos e garantias que decorrem do seu estatuto processual.

Em boa verdade, o RGCO nada diz quanto à constituição de arguido – a redação do artigo 50.º diz apenas que não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem que antes se tenha assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contraordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre. Somos levados a concluir que, em rigor, esta disposição implica uma constituição de arguido prévia à comunicação dos factos ao visado, e que, em última instância, caso tal não suceda, a constituição de arguido será feita necessariamente aquando da notificação da acusação, ou da nota de ilicitude.

Como vimos anteriormente, o “visado” (que antes deste novo RJC era o “arguido”), também adquire este especial estatuto mediante comunicação formal<sup>119</sup>. Este ato é fundamental para que se possa estabelecer uma verdadeira posição processual e garantir um efetivo direito de defesa. Por isso entendemos que é de aplicar subsidiariamente a disposição prevista no art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 do RJC, por forma a que a constituição de visado possa ter lugar em momento anterior ao da notificação, nomeadamente quando, no âmbito de um inquérito, a AdC faça pedidos de informação ou solicite a entrega de documentos, ou proceda à realização de uma busca ou apreensão.

O dever da AdC de informar as empresas de que corre inquérito contra elas quando tenham de suportar diligências de investigação, decorrente do art. 15.º, n.º 1, alínea *a*) do RJC, deverá ser acompanhado da constituição de visado, bem como do dever de advertência que lhe é inerente e, a partir desse momento, os direitos de defesa, nomeadamente o *nemo tenetur*, surgirão para o investigado. Também poderá ser o próprio a requerer a sua própria constituição como visado, nos termos do n.º 2 do art. 59.º do CPP, que igualmente terá aplicação subsidiária, caso a AdC não cumpra essa diligência. Se alguma distinção carece de ser feita, é entre o período anterior e o posterior ao aparecimento da suspeita sobre a prática da infração. Quando, no desempenho das suas funções de supervisão emerge a suspeita de cometimento de uma infração, surge um elemento novo que não pode ser desconsiderado<sup>120</sup>.

119 *Supra*, 5, alínea *b*).

120 Assim, Silva Dias, 2010a: 257.

Ao constituir-se visados/arguidos apenas no momento em que se dá a comunicação da infração, que coincide com o momento da acusação, estar-se-iam a conceder garantias de defesa num momento em que estes já teriam contribuído abundantemente para a sua incriminação. Nas palavras de Silva Dias, “se o suspeito tiver de entregar toda a documentação e informação inculpatória à entidade supervisora, à pala do cumprimento – sob ameaça de sanção – dos deveres de colaboração, se, para usar uma expressão popular, ele tiver de fazer a cama onde o hão-de deitar, que utilidade prática terão os direitos de audição e de defesa no art. 50.º do [RGCO]? Se a nota de ilicitude/acusação for o resultado da cooperação ativa autoinculpatória do suspeito, que eficácia sobrar para a sua defesa ulterior?”<sup>121</sup>. Mais, a falta de informação ao investigado quando surge a suspeita da prática de uma infração e a não constituição atempada de visado, em manifesto prejuízo dos seus direitos de defesa, é uma invalidade processual – nulidade, por violação dos n.ºs 8 e 10 do art. 32.º da CRP – que afeta todos os elementos probatórios fornecidos pelo suspeito após esse momento que assinala o início do processo contraordenacional<sup>122</sup>.

#### **4. Conclusão e soluções para evitar o conflito**

Após todas as considerações acerca do dever de colaboração e do *nemo tenetur*, questionámo-nos se aquele dever dos agentes económicos para com a AdC, que os obriga a declarar e entregar os elementos por ela solicitados colide com o direito à não autoincriminação, com validade no Direito da Concorrência, que permite ao visado recusar-se a falar e a recusar a entrega de elementos de prova que se revelem autoincriminatórios. Concluimos que à partida não. No normal exercício dos seus poderes de supervisão, a AdC procede a um mero controlo do sistema com vista ao seu funcionamento regular, recorrendo largamente ao dever de colaboração que vale irrestritamente, pois não colide com nenhuma garantia processual, pelo simples facto de que (ainda) não há um processo de contraordenação, nem visado. Quando é instaurado um procedimento sancionatório e passa a existir um visado, entra em cena o direito à não autoincriminação. O dever de colaboração não deixa de existir, mas deixa de poder ter o alcance de obrigar o respetivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional, fornecendo material autoincriminatório.

121 Silva Dias, 2010b: 31.

122 Cfr. Silva Dias, 2010b: 35 e 36.

O conflito só emerge quando a AdC é tentada a protelar a fase de supervisão e se aproveita do dever de colaboração para, à custa do supervisionado, instruir o processo contraordenacional e, por fim, proferir uma decisão condenatória, sem que lhe seja dada a oportunidade de recusar a colaboração por invocação do *nemo tenetur*, transformando-o assim em instrutor do processo e em figura central da própria condenação. Nesse caso, dá-se uma verdadeira colisão de direitos fundamentais entre a liberdade de iniciativa económica e o *nemo tenetur*. Não sendo possível efetivar uma harmonização entre os dois, pode-se equacionar uma restrição do *nemo tenetur* à luz dos princípios da proporcionalidade e do respeito pelo núcleo essencial (art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP).

Apesar de a AdC exercer muito menos os seus poderes de supervisão e ser menos usual que no seu exercício venha a descobrir algum indício de prática de infração ao direito da concorrência, tal pode ocorrer. Não podemos é deixar os direitos de defesa do visado à mercê da boa fé da atuação da AdC. Há que procurar soluções para acautelar que eles não sejam violados.

No âmbito de um Direito Contraordenacional, que se vem aproximando ao Direito Penal pela gravidade das infrações e valor das coimas, e cuja estrutura processual é própria de um processo inquisitório (pelo facto de a mesma entidade concentrar em si vários poderes, incluindo o de acusação e de aplicação de sanções), impõe-se um reforço das garantias processuais do visado que equilibre os perigos desta situação e acautele os direitos de defesa.

Do nosso ponto de vista, a solução *de iure constituto* que melhor permite fazer este balanceamento é a constituição antecipada de visado, que deverá acontecer a partir do momento em que surja a suspeita do cometimento de uma infração relativamente a um determinado agente e a AdC lhe peça informações ou documentos relacionados com a investigação em curso. Só assim pode o suspeito recusar-se a cumprir com os deveres de colaboração sem que seja por isso responsabilizado<sup>123</sup>.

Silva Dias e Costa Ramos apresentam uma outra solução, esta *de iure constituendo*, que a nosso ver, cumulada com a constituição antecipada de visado,

---

123 Importa referir o mais recente Acórdão do TRL de 17.04.2012, onde a problemática que tratamos foi colocada no âmbito da regulação da aviação civil, e cuja decisão vai muito ao encontro da nossa posição. “Quando os poderes de supervisão e de aplicação de coimas estão concentrados na mesma entidade, há que distinguir cada um deles [...] não podia a entidade administrativa com poderes de supervisão e de aplicação de coimas, instaurar processo de contraordenação [...] sem a advertência que tais elementos podiam servir para a instauração de um processo”. O Tribunal concluiu que esses elementos recolhidos ao abrigo dos poderes de supervisão do INAC não podiam ser utilizados para sustentar uma condenação, uma vez que a arguida não sabia que corria um processo de contraordenação contra ela.

criaria um quadro legal suficientemente garantista para responder às necessidades apontadas. Trata-se de transpor, para o domínio do Direito Sancionatório da Concorrência, a regra prevista no n.º 2 do artigo 19.º da Lei de Proteção de Testemunhas – Lei n.º 93/99, de 14 de julho –, a propósito da reserva de conhecimento da identidade da testemunha, que estabelece que “[n]enhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada”<sup>124</sup>. Adaptando esta solução, *mutatis mutandis*, para o domínio que nos ocupa, a AdC, para poder suportar uma condenação, ficaria obrigada a empreender outras diligências de prova que corroborassem os elementos que tivessem sido fornecidos ao abrigo do dever de colaboração.

Perante a inevitabilidade da comunicação de elementos de prova entre procedimentos, esta solução parece ser a que melhor acautela os direitos de defesa do visado. Permite à AdC efetivamente utilizar as provas que recolheu ao abrigo dos poderes de supervisão – aceitar outro entendimento seria vender os olhos para a realidade –, contudo, antes de o fazer, terá de comunicar ao suspeito de que corre contra si um inquérito, e constituir-lo visado, logo após surgirem indícios da prática de uma infração e no momento em que a AdC solicite mais elementos de prova. Tais elementos não serão suficientes para sustentar uma condenação. A AdC terá de utilizar as suas prerrogativas de instrução para recolher os elementos de prova que lhe faltem por forma a que o visado não seja o único instrumento da sua própria condenação.

## 5. Uma palavra sobre o novo RJC

Não poderíamos deixar de fazer menção às alterações constantes no novo RJC que possam ter alguma consequência para a nossa problemática.

Já que a compatibilização dos deveres de colaboração com o *nemo tenetur* continua, como vimos, a ser tão controvertida, encarávamos esta nova Lei como uma oportunidade para que finalmente ficasse consagrada a possibilidade de recusa de colaboração por invocação do direito à não autoincriminação, bem como a constituição de arguido. Contudo como vimos, o termo “arguido” desapareceu na nova redação. Além de que a Lei voltou a não fazer qualquer referência àquele direito, e ainda conseguiu reforçar a discussão sobre a problemática que tratamos, ao prever como contraordenação,

124 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 54 e 55.

de forma bastante clara, e autonomamente em relação à supervisão, a não prestação ou prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, *no uso dos seus poderes sancionatórios* (art. 68.º, n.º 1, alínea *h*)).

Não se compreende que assim seja. Se nos deparamos com um alargamento das competências de supervisão da AdC face às previstas no n.º 3 do art. 7.º seus Estatutos (artigos 60.º e ss.) e com um reforço dos seus poderes de investigação (note-se a possibilidade de a AdC realizar buscas domiciliárias e de apreender documentos protegidos por segredo profissional e/ou sigilo bancário, previstas nos artigos 19.º e 20.º), como foi possível esquecer uma menção às garantias de defesa, para não dizer um reforço?

Perante a consagração de novas soluções de oportunidade<sup>125</sup>, potenciando a cooperação voluntária das empresas, não parece haver razões para temer uma perda de eficácia da atividade da AdC, nem muito menos para menosprezar as garantias de defesa dos visados nos processos sancionatórios da concorrência, tal como muito lamentavelmente aconteceu com esta nova Lei. Mas a questão da compatibilidade do *nemo tenetur* com o dever de colaboração, ao não ter sido resolvida, voltará a ser colocada. Com convicção, podemos dizer que já demos o nosso pequeno contributo para a sua solução.

---

125 Veja-se os artigos 22.º (procedimento de transação no inquérito), 23.º (arquivamento mediante imposição de condições no inquérito), 27.º (procedimento de transação na instrução), 28.º (arquivamento mediante imposição de condições na instrução), 70.º (dispensa e redução da coima) e 75.º e ss (regime da clemência, que foi incorporado no novo regime da concorrência, no capítulo VIII).

## BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de  
 2011 *Comentário do Código de Processo Penal a luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> edição, Lisboa: Universidade Católica.
- ALEXY, Robert  
 2008 *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, 2.<sup>a</sup> edição, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALFAFAR, Diana  
 2012 *O nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração no direito sancionatório da concorrência*, dissertação de mestrado, polic., Coimbra: FDUC.
- AMBOS, Kai  
 2008 *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, México: Fontamara.
- ANASTÁCIO, Catarina  
 2010 “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracções às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, janeiro/março, pp. 199-235.
- ANTUNES, Maria João  
 1992 “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Sub Judice* 4, Almedina.
- BECCARIA, Cesare  
 2009 *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- BOLINA, Helena  
 2009 “O regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina.  
 2010 “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários”, *Revista do CEJ* 14, 2.<sup>o</sup> semestre.
- BRIGAS GONÇALVES, Joaquim José  
 2002 *O conflito entre o dever de cooperação do obrigado fiscal e o direito à não autoinculpação do arguido*, dissertação de mestrado da Universidade Católica Portuguesa, polic.

CALVETE, Victor

2010 “Regulação, concorrência e all that jazz”, *Julgaz* 9, Fevereiro.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J. J. Gomes

2011 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.<sup>a</sup> reimpressão da 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.

CATARINO, Luís Guilherme

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina.

CORREIA, Carlos Pinto

2009 “As relações entre a Autoridade da Concorrência e os Reguladores sectoriais, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina.

CORREIA, Eduardo

1973 *Direito Penal e Direito de mera ordenação social*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 49.

COSTA, Joana

2011 “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *RMP* 128, outubro/dezembro.

COSTA ANDRADE, Manuel da

2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

2009 “Proibições de prova em processo penal. Conceitos e princípios gerais – a experiência portuguesa”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito processual penal, estado presente e perspectivas de evolução* (org. Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau), Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da

2000 “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 7, abril.

2009a “A supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação” (parecer), *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina.

- 2009b “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do direito penal secundário”, in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA RAMOS, Vânia
- 2006 “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare”- Parte I, *RMP* 108, outubro/dezembro, pp. 125-149.
- 2007 Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare”- Parte II, *RMP* 109, janeiro/março, pp. 57-96.
- 2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência. Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, pp. 175-198.
- COSTEIRA, Maria José
- 2007 “As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional”, *Sub Judice* 40, julho/setembro, Almedina, pp. 27-38.
- EASTON, Susan M.
- 1998 *The case for the right to silence*, 2.<sup>a</sup> edição, Altershot: Ashgate Publishing. Ltd.
- FARIA COSTA, José de
- 2001 “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)”, *Questões Laborais* 17, Ano VIII, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2009 *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris penalis) – Introdução*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FERREIRA, Eduardo Paz
- 2001 *Direito da Economia*, Lisboa: AAFDL.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1973 “Ónus de alegar e de provar em processo penal?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105, Coimbra: Coimbra Editora.
- 1997 “Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Coimbra: Almedina.
- 2001 *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2004 *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da
- 2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas” (parecer), *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina.

GAGEIRO, António

2009 “Modelos de direito estrangeiro na perspectiva do enforcement (E.U.A./R.U./Europa Continental)”, in *Direito sancionatório das Autoridades Reguladoras*, (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora.

GARRETT, Francisco de Almeida

2007 *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas*, Fronteira do Caos.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia

2009 *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, 17.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.

GÖSSEL, Karl-Heinz

1992 “As proibições de prova em direito processual penal”, *RPCC* 2, ano 8.

GREEN, Michael Steven

1999 “The Privilege’s Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State”, *Brooklyn Law Review* vol. 65, n.º 3.

GREVI, Vittorio

1972 ‘*Nemo tenetur se detegere*. Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore.

1998 “Il diritto al silenzio dell’imputato sul fatto próprio e sul fatto altrui”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 4.

HARRIS, D. J., O’BOYLE, M., BATES, E. P. & BUCKLEY, C. M.

2009 *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press: Oxford.

HASSEMER, Winfried

1998 “A preservação do ambiente através do Direito Penal”, tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes, *Revista Brasileira de Ciência Criminal* 22.

ITALIANER, Alexander

2011 “The European Commission’s new procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the Hearing Officer”, *Revista de Concorrência e Regulação* 7 e 8, ano 2, julho/dezembro, pp. 23-34.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

2010 *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4.<sup>a</sup> Edição, Oxford: Oxford University Press.

LEITÃO Marques, Maria Manuel, SANTOS, António Carlos dos & GONÇALVES, Maria Eduarda

2011 *Direito Económico*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.

LEONES DANTAS, António

2008 “Procedimentos de natureza sancionatória no direito da concorrência”, *Sub Judice* 40, Coimbra: Almedina.

2010 “O direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações. Artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República”, *Revista do CEJ*, n.º 14, Almedina.

LOBO MOUTINHO, José

2008 *Direito das contra-ordenações – Ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica.

MACCULLOCH, Angus

2006 “The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications”, *Legal Studies*, Vol. 26, n.º 2.

MARQUES DA SILVA, Germano

2010 *Curso de Processo Penal I – Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª edição, Lisboa: Verbo.

2011 *Curso de Processo Penal II*, 5.ª edição, Lisboa: Verbo.

MARTINHO, Helena Gaspar

2010 “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 Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, Almedina, pp. 145-174.

MATEUS, Abel

2006 “Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência”, *ROA* 3, ano 66, 3, pp. Almedina, pp. 1067-1099.

MEDINA DE SEIÇA, António Alberto

1999 “O conhecimento probatório do co-arguido”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 42, Coimbra: Coimbra Editora.

MONCADA, Luís S. Cabral de

2007 “Direito Económico”, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.

NETO, Theodomiro Dias

1997 “O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 19, ano 5, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

PAIS ANTUNES, Luís Miguel

1995 *Direito da concorrência : os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

PINTO, Lara Sofia

2010 “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (coord. Frederico da Costa Pinto e Teresa Pizarro Beleza), Coimbra: Almedina

PALMA, Maria Fernanda

1994 “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, *RMP* 60, ano 15, outubro/dezembro, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

2009 “O direito à não auto-incriminação”, *Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano I, 1.ª edição, dezembro de 2008/janeiro.

REIS SILVA, Maria de Fátima

2008 “O direito à não auto-incriminação”, *Sub Judice* 40, Coimbra: Almedina.

RILEY, Alan

2000 “Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law”, *European Law Review*, 25(3), Sweet & Maxwell.

RISTORI, Adriana Dias Paes

2007 *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra: Almedina.

ROXIN, Claus

2000 *Derecho Procesal Penal*, tradução castelhana da 26.ª edição de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Del Puerto.

2007 *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, tradução castelhana de Óscar Julián Guerrero Peralta, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

SÁ, Líliliana da Silva

2006 “O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não autoincriminação”, *RMP* 107, julho/setembro, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

SANTOS, Manuel Simas & LEAL-HENRIQUES, M.

2008 *Código de processo penal anotado*, 3.ª edição, Lisboa: Rei dos Livros.

SEIDMANN, Daniel J. & STEIN, Alex

2000 “The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the fifth amendment privilege”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, Harvard Law Review Publishing Association.

- SILVA DIAS, Augusto & COSTA RAMOS, Vânia  
 2009 *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA DIAS, Augusto  
 2010a “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores imobiliários”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, Lisboa, pp. 237-265.  
 2010b “O direito à não auto-inculpação no âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, separata de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora.
- SLATER, Donald, THOMAS, Sébastien & WAELBROECK, Denis  
 2008 *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: do need for reform?*, The Global Competition Law Centre, College of Europe.
- SOUSA MENDES, Paulo  
 2007 “Estatuto de arguido e posição processual da vítima”, *RPCC* 17.  
 2009a “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Luís Silva Morais, Eduardo Paz Ferreira e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina.  
 2009b *Direito sancionatório das Autoridades Reguladoras*; (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora.  
 2010a “O dever de colaboração e as garantias de defesa”, *Julgar* 9, setembro/dezembro, Coimbra Editora.  
 2010b “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 Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, Almedina, pp. 121-144.
- STESSENS, Guy  
 1997 “The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?”, *European Law Review* 22, Sweet & Maxwell.

- VAN OVERBEEK, Walter B. J.  
 1994 “The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the Court of Human Rights makes revision of the ECJ’s case law necessary”, *European Competition Law Review* 3, Sweet & Maxwell.
- VEIGA, Raúl Soares da  
 2009 “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora.
- VELOSO, António José  
 2004 “Aspectos inovadores do projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in *Regulação e Concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência* (coord. António Menezes Cordeiro e Ruy de Albuquerque), Coimbra: Almedina.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos  
 2009 *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.
- WARD, Tim & GARDNER, Piers  
 2003 “The privilege against self-incrimination: in search of legal certainty”, *European Human Rights Law Review* 4, Sweet & Maxwell.
- WARREN, Earl  
 1998 “O Homem prevenido: os direitos de Miranda”, *Sub Judice* 12, Almedina.
- WILS, Wouter P. J.  
 2003 “Self-incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Competition*, vol. 26, n.º 4, Wolters Kluwer.  
 2010 “The increased level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights”, *World Competition*, vol. 33, n.º 1, Wolters Kluwer.
- WILLIS Peter & WESSING, Taylor  
 2006 *The privilege against self-incrimination in competition investigations*, Speaker’s notes, Centre for Competition Law and Policy, University of Oxford, disponível online em «<http://denning.law.ox.ac.uk/competition/portal.php>».
- WHISH, Richard  
 2011 *Competition Law*, 7.<sup>a</sup> Edição, Oxford: Oxford University Press.
- YANYOU, Yi,  
 2009 “Privilégio de obstar à auto-incriminação em processo penal”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito*

*processual penal, estado presente e perspectivas de evolução* (org. Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau), Coimbra: Coimbra Editora.

ZUCKERMAN, A. A. S.

1989 *The principles of criminal evidence*, Clarendon Law Series, Oxford University press, USA.