

*NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE:*  
UM NOVO OLHAR A PARTIR DO DIREITO  
DA CONCORRÊNCIA, NO SENTIDO DA SUA EXTENSÃO  
AO PROCESSO CONTRA-ORDENACIONAL  
E ÀS PESSOAS COLECTIVAS

*Tiago da Costa Andrade\**

*ABSTRACT: The purpose of this investigation is to encourage a new approach on the privilege against self-incrimination in order to a reconfiguration of its traditional scope and validity. Shortly after analysing the European Union system of investigation regarding infractions against Competition Law, which directly influences the Member States proceedings demanding an obligation of cooperation of the accused with the European Commission or the national authorities, we briefly review the case law on the topic. The major problem we adress subsequently is the possibility of the privilege, known to be an inviolable right of every criminally accused, to be enforceable in the punitive administrative proceedings, namely in those related to offences against Competition Law in which the accused is the target of duties of presentation of evidence, under the threat of responsibility. Moreover, we analyse the rational arguments in favor of the extension of the privilege to corporations, a critical issue knowing that the majority of the economic operators are private legal entities, concluding with the fairness of that expansion.*

SUMÁRIO: 1. Sentido e alcance do estudo. 2. A imposição europeia. 3. Breve análise do problema na Jurisprudência. 3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. 3.2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 3.3. A jurisprudência nacional. 3.4. Apreciação crítica dos dados jurisprudenciais. 4. Do *nemo tenetur se ipsum accusare*. 5. Uma garantia do processo penal e contra-ordenacional. 6. Uma garantia das pessoas colectivas. 7. Conclusões.

---

\* O presente estudo corresponde, com pequenas alterações, à investigação conduzida no seio da disciplina de Direito Penal Internacional e Europeu do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, leccionada pela Senhora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, a quem estamos especialmente gratos. Foi apresentada, também na Universidade de Cádiz, em Espanha, por ocasião do *IV Encuentro Internacional de Jóvenes Investigadores de Derecho Procesal*. Por opção do autor, o presente texto não segue o novo acordo ortográfico.

## 1. SENTIDO E ALCANCE DO ESTUDO

O objectivo do presente estudo é o de dissecar as relações que se estabelecem entre a produção jurídica da União Europeia e o Direito Penal dos Estados-Membros, especialmente no tocante ao ordenamento jurídico-criminal português, e observar, de forma rigorosa, mas sempre com espírito crítico, as implicações que o projecto europeu tem, hoje, no ramo jurídico mais caro a qualquer Estado enquanto detentor de soberania e, logo, de *ius puniendi*.

A política comunitária da Concorrência, a dita “espinha dorsal” da União, que condiciona toda a sua política económica e que serve como parâmetro de justificação e licitude para as demais políticas europeias<sup>1</sup>, impõe certos conditionalismos ao direito processual nacional, nomeadamente nas garantias que este oferece aos operadores económicos alvo de uma investigação. Veja-se, principalmente, a lei nacional que, sob directa influência do Regulamento (CE) nº 1/2003 que reforçou os poderes de inquérito da Comissão Europeia em matéria de concorrência<sup>2</sup>, atribui à Autoridade da Concorrência (AdC) um amplo conjunto de poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios, que necessariamente conflituam com os direitos fundamentais do investigado ou arguido.

Ora, é facilmente perceptível um difícil conflito estimulado pelos deveres de cooperação e colaboração para com a AdC a que são sujeitas as empresas, nomeadamente no que diz respeito ao fornecimento de informações e meios de prova documentais que podem ser usados em processo de contra-ordenação. O que se mostra como problemático, essencialmente, quando a Lei da Concorrência (LdC) parece querer afastar o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que a doutrina e a jurisprudência portuguesas unanimemente reconhecem como um princípio de natureza constitucional, apesar de a Lei Fundamental não o consagrar expressamente<sup>3</sup>.

Hoje, são vários os espaços jurídicos em que existem deveres de cooperação conflituantes com as garantias do processo penal português, como no direito tributário ou nas investigações internas no seio de empresas no âmbito de programas de *Compliance*. No entanto, o domínio do Direito da Concorrência

---

1 Gorrão-Henriques, 2014: 600-601.

2 Cfr. o considerando n.º 25 do Regulamento n.º 1/2003.

3 Cfr. Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 39; Silva Dias, 2010: 243; e Sousa Mendes, 2010: 125.

traz consigo especificidades que não podem ser ignoradas para uma boa compreensão e, eventualmente, melhor solução da questão.

É que, em primeiro lugar, sabendo que é inteiramente pacífica a vigência do *nemo tenetur* no direito processual penal português, o mesmo já não pode ser dito quando o problema se põe no ordenamento processual contra-ordenacional. Não faltam vozes que reclamam uma compreensão distinta daquele princípio no domínio do direito administrativo sancionatório, pondo ênfase não só na diferença entre os conceitos materiais de crime e de contra-ordenação, mas também no desigual peso entre as penas e as coimas que determinariam um menor garantismo.

E, em segundo lugar, não pode ser levemente considerado o facto de os sujeitos passivos dos deveres de colaboração serem, apesar da configuração do conceito de empresa para efeitos de Direito da Concorrência<sup>4</sup>, na esmagadora maioria das vezes pessoas colectivas. A consagração pelo legislador, no próprio Código Penal, da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, não afastou nunca as dúvidas que a doutrina continua a manifestar sobre a adequação de uma responsabilidade penal não exclusiva das pessoas físicas ou singulares. Ora, estas dúvidas de direito substantivo estendem-se naturalmente ao direito adjectivo, não estando nem de perto encerrada a questão sobre a igualdade de garantias processuais para entidades que, por não terem existência física nem se enquadrarem na categoria ética de pessoa, não podem ver ser-lhes aplicada uma pena de prisão, a determinante de todo o paradigma processual penal.

Dito isto, o presente artigo começa com uma concretização da imposição europeia ao nível dos deveres de colaboração, seguindo-se um levantamento da jurisprudência do espaço europeu e nacional, seguido de um tratamento dogmático do *nemo tenetur* e da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. Esperamos, deste modo, conseguir demonstrar que esta é mais do que uma questão técnico-jurídica, é uma questão de fundo que pretende identificar se as pretensões europeias se mantêm no desenvolvimento de um espaço de mera cooperação económica, erigida a valor principal ou se, a União Europeia de hoje, é já um espaço de prevalência de direitos fundamentais, no caso, ao nível processual penal e contra-ordenacional.

---

4 Para este ramo jurídico, é empresa qualquer entidade que exerça uma actividade económica, consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento. Cfr. o art. 3.º da LdC e Gorrão-Henriques, 2014: 612-613.

## 2. A IMPOSIÇÃO EUROPEIA

O Direito da Concorrência da União Europeia define determinadas práticas como restritivas da concorrência nos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e estabelece um sistema de competências e colaboração englobando a Comissão, as Autoridades Nacionais de Concorrência e os tribunais nacionais para a sua aplicação efectiva.

Enquanto que ao nível da União, a Comissão é a responsável pelo *enforcement* das normas europeias da concorrência, em Portugal, existe uma entidade reguladora independente – a AdC – cujo quadro normativo, em concretização da missão constitucional do Estado de, de acordo com o art. 81.º, al. e) da Constituição da República Portuguesa (CRP), “garantir a equilibrada concorrência entre as empresas”, prevê determinadas obrigações legais de cooperação dirigidas aos indivíduos e pessoas colectivas sujeitos à acção inspectiva ou de supervisão daquela entidade, tal como existem em relação à Comissão. Diz-se que as empresas serão quem possui as informações (muitas vezes secretas, como no caso de acordos de fixação de preços) mais relevantes para a investigação de infracções, tais como as provas necessárias para as detectar<sup>5</sup>.

Desde logo, o art. 8.º dos Estatutos da AdC<sup>6</sup>, prevê uma obrigação geral de colaboração dos destinatários da actividade do regulador quando tal lhes for solicitado, para o cabal desempenho das suas atribuições. Essa obrigação é confirmada com a previsão de poderes de inquirição (art. 18.º, n.º 1, als. a) e b) da LdC<sup>7</sup>), que podem ser usados no exercício de poderes sancionatórios (arts. 18.º e 59 da LdC) ou de mera inspecção (art. 64.º, n.º 3, al. d) e n.º 4 da LdC). O incumprimento dos deveres de colaboração, através da não prestação de informações ou entrega de documentos ou da sua prestação e entrega mas falsos, inexactos ou incompletos, constitui uma contra-ordenação, nos termos dos arts. 68.º, n.º 1, als. h), i) e j) da LdC, a cuja coima pode ser adicionada uma sanção pecuniária compulsória (art. 72.º da LdC) caso o visado insista em não cumprir com a colaboração legalmente devida (art. 68.º, n.º 2 da LdC) ou ainda sanções acessórias (art. 71.º da LdC). Além disso, se precedida da necessária cominação, o incumprimento poderá ainda ser punido a título de desobediência simples, nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b) do CP (art. 67.º da LdC). Resta dizer que aos processos sancionatórios no âmbito da concorrência

5 Cfr. Martinho, 2010: 146; e Anastácio, 2010: 202.

6 Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

7 Referimo-nos à Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

é aplicável, como direito subsidiário, o Regime Geral das Contra-Ordenações e os princípios nele consagrados, nos termos dos artigos 13.º, n.º 1 e 59.º, n.º 2 da LdC.

Daí que nos tenhamos de perguntar se a prerrogativa processual penal de não auto-incriminação deve ser aplicável aos processos de contra-ordenação no âmbito do Direito da Concorrência, mesmo que a opção do legislador tenha sido no sentido da descoberta da verdade material e da realização da justiça contra-ordenacional. Porque duas grandes preocupações nos assolam neste momento.

A primeira, diz respeito à recente Directiva 2016/343, de 9 de Março, sobre o reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, concretizando um dos eixos fixados em Tampere, o da protecção dos direitos fundamentais nos processos penais<sup>8</sup>. Principalmente porque no seu considerando 29.º, de forma lapidar mas precipitada, sublinha que o exercício do direito de não se auto-incriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido<sup>9</sup>.

E a segunda, suscitada quando assistimos à discussão, ao nível europeu, em torno da possibilidade de mobilização das garantias processuais penais nacionais, num processo por infracções à concorrência iniciado pela Comissão. Já que esta, acompanhada pelo Advogado-Geral MISCHO no caso *Roquette*<sup>10</sup>, parece rejeitar a aplicação dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (como o *nemo tenetur*) pelos tribunais nacionais, ao contrariando o entendimento do próprio Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Hoechst*<sup>11</sup>.

8 Os restantes três são a harmonização do direitos substantivo, o reconhecimento mútuo e a coordenação das investigações. Sobre os avanços na construção europeia desde Maastricht, cfr. Rodrigues: 2008: 232.

9 Sobre a Directiva, Lamberigts (2016: 437), acertadamente escreve que "*instead of strengthening the privilege, the Presumption of Innocence Directive has consolidated, in several respects, the uncertainties surrounding the privilege*". E que "*this is regrettable, as several of the lingering uncertainties in relation to the scope of the privilege as well as permissible limitations thereto thus remain unsolved*".

10 Acórdão do TJUE de 22 de Outubro de 2002, no Proc. n.º C-94/00.

11 Acórdão do TJUE de 21 de Setembro de 1989, nos Proc. Apensos 46/87 e 227/88, especialmente nos parágrafos 33 a 35.

### 3. BREVE ANÁLISE DO PROBLEMA NA JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O TJUE (antes TJCE) já teve a oportunidade de se pronunciar em relação ao alcance e limites dos deveres de colaboração das empresas e de os relacionar com a prerrogativa contra a auto-incriminação, no âmbito de processos instaurados pela Comissão, nos termos dos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

No acórdão *Orkem vs. Comissão*<sup>12</sup>, o Tribunal declarou que a Comissão tem o direito de obrigar as empresas à prestação de informações e à entrega de documentos, mesmo para comprovar um comportamento anticoncorrencial. No entanto, disse também que isso não poderia prejudicar os direitos de defesa das empresas, no sentido em que a Comissão já não pode obrigá-las a admitir ou confessar o cometimento da infracção<sup>13</sup>. Assim, poderiam ser feitas questões e exigidos documentos destinados a assegurar informação puramente factual. Tal jurisprudência foi, aliás recebida no considerando n.º 23 do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho<sup>14</sup>, e marcou a jurisprudência comunitária subsequente<sup>15</sup>.

No caso *Mannesmannröhren-Werke*<sup>16</sup>, o Tribunal do Luxemburgo aderiu e reiterou a jurisprudência *Orkem*. Primeiro, afirmou, de forma algo formalista e sem espírito progressista, que a CEDH não era parâmetro de legalidade de um inquérito em matéria de Direito da concorrência e, por isso, não seria invocável perante o juiz comunitário. Numa formulação confusa, declarou que apesar de a CEDH fazer parte do Direito da União Europeia, os arguidos não podem recorrer directamente à interpretação da CEDH pelo TEDH em casos perante o TJUE<sup>17</sup>. Depois, introduziu uma limitação à obrigação de entrega de documentos, valendo apenas para aqueles que fossem “pré-existentes”.

12 Acórdão do TJUE de 18 de Setembro de 1989, no Proc. n.º 374/87.

13 Cfr. Willis, 2006: 2.

14 “A Comissão deverá dispor, em todo o território da Comunidade, de poderes para exigir as informações necessárias para detectar eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas proibidas pelo artigo 81.º do Tratado, ou eventuais abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 82.º do Tratado. Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infracção.”

15 Assim, Sousa Mendes, 2010: 128.

16 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Fevereiro de 2001, Proc. T-112/98.

17 Cfr. Willis, 2006: 9.

Vale também a pena lançar um olhar sobre o caso *Tokai Carbon e outros vs Comissão*<sup>18</sup>, no qual o TPI, apesar de começar por confirmar as orientações jurisprudenciais anteriores, afirmou, em sentido divergente, que o pedido de certo tipo de documentos, em relação à empresa e no caso concreto, era susceptível de a obrigar a uma confissão. No entanto, no recurso interposto para o TJUE, a decisão seguiu as conclusões do Advogado-Geral GEELHOED que, baseando-se na diferença do nível de protecção conferido às pessoas singulares e colectivas, na não absolutização do *nemo tenetur* e nos documentos como meios de prova existentes independentemente da vontade do arguido, rejeitou a possibilidade da recusa de colaboração<sup>19</sup>.

### 3.2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Não pretendendo uma análise exaustiva<sup>20</sup>, julgamos, ainda assim, útil um pequeno esboço da jurisprudência do TEDH, relativa ao direito de que aqui curamos. Começando, com o caso *Engel e outros vs. Países Baixos*, onde TEDH estendeu o princípio a toda a “acusação de natureza penal” e atribuiu a “penal” o significado abrangente de “punitivo” ou “sancionatório”<sup>21</sup>. O tribunal de Estrasburgo, confrontado com sanções disciplinares militares, entendeu o conceito de matéria penal como um conceito autónomo em relação à vontade dos Estados e dependente de três critérios: *i*) da qualificação atribuída pelo Estado à infracção em discussão; *ii*) da própria natureza da infracção; e *iii*) do grau de severidade da sanção em que o agente arrisca incorrer.

Já no caso *Funke vs. França*<sup>22</sup>, o TEDH considerou que os abrangidos pelos deveres de colaboração (neste caso, com a administração alfandegária) não podiam ser obrigados a auto-incriminar-se, nomeadamente quando não houvesse indícios da prática de uma infracção e a autoridade, numa coerção ilegítima sobre uma pessoa, se estivesse a aproveitar dos deveres com intenção de obter meios de prova, mesmo que documentais com informação puramente factual (no caso, extractos de contas bancárias), de uma infracção desconhecida.

18 Acórdão do TPI de 29 de Abril de 2004, nos Proc. Apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, especialmente o parágrafo 407.

19 Sobre isto, cfr. Martinho, 2010: 159-163. Cfr. também Willis, 2006: 12-14.

20 Para uma muito pertinente e completa análise da jurisprudência do TEDH sobre o problema, cfr. Costa, 2011: 117 e ss.

21 Acórdão do TEDH de 8 de Junho de 1976. Cfr. Silva Dias, 2010: 245; e Brandão, 2016: 239 e ss.

22 Acórdão do TEDH de 25 de Fevereiro de 1993.

Aqui, segundo o Tribunal, houve violação do núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, contrariando assim o princípio do processo equitativo do art. 6.º, n.º 1<sup>23</sup> da CEDH, sem sequer haver necessidade de se recorrer ao art. 6.º, n.º 2<sup>24</sup>.

Posteriormente, no caso *Saunders vs. Reino Unido*<sup>25</sup>, o Tribunal incluiu na noção de processo equitativo do art. 6.º da CEDH, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, para garantir uma protecção efectiva contra a coerção abusiva por parte das autoridades. Além disso, afirmou que o conceito de “acusação em matéria penal” reveste um conceito material e não formal, determinando o funcionamento de garantias do processo penal em “falsos procedimentos administrativos”<sup>26</sup>. Mais, o Tribunal pronunciou-se ainda sobre o âmbito do *nemo tenetur*, excluindo da sua protecção os dados que existem independentemente da vontade do suspeito, tais como documentos pré-existentes, recolhas de saliva ou de tecidos corporais. Fundando-o no princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, vigente no Direito processual penal de qualquer vero Estado de Direito, o Tribunal entende que o direito deve abarcar apenas mas, quaisquer depoimentos obtidos sob coerção, não podendo ficar confinado às declarações de admissão de prática de ilícitos nem a considerações directamente auto-incriminatórias<sup>27</sup>.

Interessante, em relação à concretização do *nemo tenetur*, é também o caso *Jalloh vs. Alemanha*<sup>28</sup>, em que o TEDH faz depender a existência ou não de uma violação daquele direito da “natureza e grau de coerção empregado para obter a prova, da importância do interesse público na investigação e punição da infracção em apreço, da existência de garantias relevantes no processo e da utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma”. Numa decisão disputada, entendeu haver violação do art. 6.º, n.º 1 da CEDH, quando a prova de um crime de tráfico de droga foi obtida recorrendo à administração forçada

---

23 “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, a qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

24 “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Cfr. também Willis, 2006: 4.

25 Acórdão do TEDH de 17 de Dezembro de 1996.

26 Cfr. Costa Ramos, 2006: 145.

27 Para uma breve mas completa análise do caso, cfr. Sousa Mendes, 2010: 131-133.

28 Acórdão do TEDH de 11 de Julho de 2006.



de indutores do vómito a um cidadão serra-leonês por funcionários alemães, sendo que “o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e moral”<sup>29</sup>.

### 3.3. A jurisprudência nacional

O Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema de que aqui nos ocupamos<sup>30</sup>. Entendeu, em 2006/2007<sup>31</sup>, que os deveres de colaboração com a AdC não determinavam uma violação do *nemo tenetur* constitucionalmente consagrado, desde que a entrega dos elementos solicitados não implicasse uma admissão da prática dos ilícitos imputados. O fundamento da decisão prendeu-se, em primeiro lugar, com a rejeição da aplicação subsidiária do art. 61.º, n.º 1, al. d) do Código de Processo Penal (CPP) em razão da sua derrogação pelas normas da LdC que impunham a colaboração do suspeito e, em segundo lugar, pela previsão daqueles deveres de colaboração não só para os poderes de supervisão e controlo mas, também para os processos sancionatórios. Isto é, no entendimento do tribunal, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos de sentido oposto, como o direito à não colaboração para a auto-incriminação<sup>32</sup>.

No entanto, revelou-se aberto à aplicabilidade directa do *nemo tenetur* aos processos sancionatórios, por via da sua consagração constitucional, apesar de o fazer com uma amplitude menor, excluindo o fornecimento coercivo de documentos preexistentes e de puros elementos de facto. Ora, isto nada mais é do que a reafirmação da jurisprudência *Orkem, supra* referida, limitando, em sede de ponderação, o *nemo tenetur*, em favor da defesa da concorrência em que assenta o sistema de livre economia de mercado<sup>33</sup>.

O Tribunal Constitucional (TC) já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema, no acórdão n.º 461/2011<sup>34</sup>. Decidiu julgar não inconstitucional

29 Para uma análise do caso, cfr. Sousa Mendes, 2010: 134-136.

30 Fundamo-nos na análise feita em Costa Ramos, 2010: 180-183.

31 Nas sentenças de 28 de Julho de 2006, 8 de Maio de 2007 e 10 de Agosto de 2007.

32 Note-se que, porém, numa sentença de 8 de Abril de 2008, o mesmo tribunal já veio admitir a possibilidade de recusa de prestação de informações por perguntas feitas, naquilo que podia ser visto como uma nova corrente jurisprudencial. Apesar dessa mudança, continuou a não admitir a recusa de entrega de documentos, baseada no 61.º, n.º 1, al. d) do CPP.

33 Cfr. arts. 61.º, n.º 1, 80.º, al. a) e 81.º, al. f) da CRP.

34 Processo n.º 366/11.

a obrigação de o arguido, em processo contra-ordenacional, “revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência”. Fê-lo por entender que num processo de natureza contra-ordenacional o direito à não auto-incriminação pode ser bem mais comprimido do que em processo penal e que, se assim não fosse, se frustrariam os interesses de protecção da concorrência, os quais funcionalmente fundamentam os deveres de colaboração.

### 3.4. **Apreciação crítica dos dados jurisprudenciais**

Quanto à jurisprudência do TJUE, é claro que não se caracteriza pelo garantismo, privilegiando o dever de colaboração com as autoridades e diminuindo as garantias de defesa, em nome do bom funcionamento do mercado interno e dos *incommoda* associados ao *commodum* da autorização para o exercício de uma actividade económica. Apesar de tentar criar um equilíbrio assente na natureza formalmente distinta entre ramos do Direito, aquele não se afigura, no nosso entender, como o mais justo. Especialmente porque vemos o Direito e processo penal como o “pano de fundo normativo sobre o qual se recorta o Direito das contra-ordenações”<sup>35</sup>. E a famosa jurisprudência do caso *Orkem*, levada ao extremo “permite, sem obstáculo, que os visados por uma daquelas actividades promovam, em silêncio, isto é, sem admitir a existência de uma infracção, a instrução do processo que desembocará na sua condenação”<sup>36</sup>. Baseou-se num argumento segundo o qual “não resulta do seu texto (*da CEDH*) nem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que essa disposição (*o art. 6.º*) reconheça um direito a não testemunhar contra si próprio”<sup>37</sup>. Mas, como já referimos, a partir dos acórdãos *Funke* e *Saunders* do TEDH, já na década de 90 do século passado, ficou clara uma tentativa de interpretação contrária<sup>38</sup>. Tal como é hoje claro, nos termos do art. 6.º, n.º 2 e 3 do Tratado da União Europeia (TUE), que a União adere à CEDH e que os direitos fundamentais nesta incluídos fazem parte, como princípios gerais, do Direito da União, ao contrário daquilo que parecia afirmado no caso *Mannesmannröhren-Werke* e apesar de o acórdão *PVC II – Limburgse Vinyl*

35 Lobo Moutinho, 2008: 75.

36 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 79.

37 Martinho, 2010: 150.

38 Apesar de, como escrevemos, no acórdão *Mannesmannröhren-Werke*, o TJUE ter afastado, de forma algo formalista, a CEDH como parâmetro de legalidade de um inquérito em matéria de Direito da concorrência.

sugerir que não tem de haver importação e aplicação directa da jurisprudência do TEDH quanto ao direito à não-autoincriminação<sup>39</sup>. Quanto ao recurso da decisão *Tokai Carbon*, os seus fundamentos serão escrutinados *infra*, quando tratarmos do enquadramento dogmático do *nemo tenetur*.

Depois, há que dizer que a jurisprudência do TEDH não permite elaborar uma teoria geral do *nemo tenetur*. Além de não ser aquilo a que se propõe, os casos eram bastante férteis em particularidades e as decisões muito dependentes dos argumentos apresentados pelos sujeitos processuais<sup>40</sup>. Porém, entendemos que esta jurisprudência fornece alguns relevantes elementos interpretativos da prerrogativa contra a auto-incriminação, nomeadamente quanto ao seu âmbito de validade normativo<sup>41</sup>. No entanto, não endemos, como SOUSA MENDES, que o direito “não é um direito absoluto, mas admite ponderações e restrições no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se garanta a preservação do núcleo essencial daquele direito”<sup>42</sup>. É que, como explicitaremos *infra*, entendemos que o *nemo tenetur* vigora sob uma forma mais restrita, na linha do acórdão *Saunders* e distinta daquela que normalmente é seguida pelos autores, no entanto com uma magnitude bem mais elevada, impedindo qualquer juízo de ponderação que destruiria o seu núcleo essencial. Além disso, a prestação de informações e a entrega de documentos devem estar inseridas no seu núcleo essencial, que também só subsiste verdadeiramente se não sofrer restrições em relação a estes comportamentos.

Quanto à jurisprudência do TCL, a nosso ver não se adequa aos acórdãos *Saunders* e *J.B. c. Suíça* do TEDH, em que a delimitação negativa do *nemo tenetur* só é feita em relação a dados que “existam independentemente da pessoa obrigada e que, por isso, não são obtidos por meios coercivos e em violação da vontade dessa pessoa”<sup>43</sup>. Ora, os documentos preexistentes e as informa-

39 Sobre isto, Martinho, 2010: 157.

40 De facto, no *modus operandi* do TEDH não há uma apreciação *in abstracto* de uma determinada questão de direito mas, uma apreciação sobre se determinado conjunto de factos trazido ao conhecimento do Tribunal consubstancia a violação de um direito garantido pela CEDH. Assim, a jurisprudência do TEDH mostra-se como um guia essencial para o legislador europeu apesar de não o vincular. Cfr. Flore, 2014: 332-333.

41 É de destacar, também, o conceito de ofensa criminal autónomo para efeitos do art. 6.º da CEDH. Cfr. Costa, 2011: 179.

42 Sousa Mendes, 2010: 136. No mesmo sentido, Martinho, 2010: 166. E ainda o Acórdão *Murray* do TEDH (de 8 de Fevereiro de 1996).

43 Costa Ramos, 2010: 185-186.

ções puramente factuais devem ser ainda abrangidas pelo *nemo tenetur*. Deste modo, e segundo a jurisprudência *Orkem*, só não seria possível às autoridades perguntar directamente ao visado se ele cometeu realmente a infracção. Mas, facilmente conseguiriam tal dedução a partir da informação e documentos entregues pelo alegado infractor das normas concorrenciais, ficando alheias ao estado “envenenado” em que se deveriam encontrar tais elementos processuais<sup>44</sup> e, contrariando a exigência de um processo equitativo, nos termos do art. 6.º, n.º 1 da CEDH, mesmo que se permitisse um qualquer contraditório posterior ao cumprimento da colaboração.

Até porque, e para vincar a nossa divergência em relação à jurisprudência *Orkem*, “há certos documentos que podem ter tanta força expressiva que a sua apresentação pode agravar a situação do arguido mais do que uma confissão”<sup>45</sup>.

Por fim, quanto à jurisprudência constitucional a que fizemos referência, achamos que incorre em alguns erros de juízo ao determinar, por exemplo, uma menor potencialidade lesiva em abstracto da reacção estadual à infracção e um núcleo essencial do *nemo tenetur* que não corresponde ao nosso entendimento, sob pena de o destruir. Além disso, afigura-se-nos como preocupante o receio que demonstra de não frustrar a “maleabilidade e agilização dos instrumentos de regulação do Estado” em função de uma “cristalização excessivamente inflexível” de uma prerrogativa ligada à dignidade da pessoa humana, como é a que visa contrariar a auto-incriminação.

#### 4. DO NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

De origem anglo-saxónica, já desde as linhas da *Magna Charta* de 1215, está associado à transição do processo penal de tipo inquisitório para o de tipo acusatório<sup>46</sup>, como *Prohibitio Formata* contra o sistema de perseguição dos tribunais eclesiásticos aos hereges<sup>47</sup>. Consistindo, *in illo tempore*, mais numa figura argumentativa do que efectiva realidade processual, passou a sê-lo com a consagração do direito à constituição de advogado no séc. XVIII<sup>48</sup>. Em 1971,

44 Sobre a “poisonous tree theory”, cfr. Costa Andrade, 1992: 83. Sobre a sua restrição feita pelo TEDH apenas aos casos de tortura, cfr. Costa, 2011: 183.

45 Bärlein, Pananis & Rehmsmeier, *apud* Costa Andrade, 2014: 140, nota 13.

46 Cfr. Anastácio, 2010: 215.

47 Cfr. Machado & Raposo, 2009: 14.

48 Cfr. Loschin, 1996: 253.

passou a figurar na V Emenda da Constituição norte-americana sob a fórmula “*no person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself (...)*”, fórmula essa que influenciou o art. 6.º da CEDH e o art. 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>49</sup>.

Decorrente, para alguns, dos princípios do processo equitativo (art. 6.º, n.º 1 da CEDH, art. 20.º, n.º 4 da CRP), das garantias de defesa (art. 32.º, n.º 1 da CRP) e da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2 da CRP)<sup>50</sup> e, para outros, fundado numa compreensão de fundo do Estado de Direito assente na ideia axiomática de respeito pela dignidade humana<sup>51</sup>, como área nuclear e inviolável da personalidade, que perpassa toda a matéria penal e processual penal, visa impedir que o arguido seja obrigado a fornecer a prova do cometimento de uma infracção. Se houver violação do princípio, a prova obtida estará inquinada com uma proibição de valoração da prova em processo penal. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, o direito só será um “*privilegium odiosum*” para o arguido quando, de um ponto de vista fáctico, do silêncio derive o definitivo desconhecimento ou descensideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infracção<sup>52</sup>.

Fruto da estrutura basicamente acusatória do processo penal de um Estado de Direito, entendemos que, no essencial e como ponto de partida, de acordo com a doutrina e jurisprudência maioritárias na Alemanha, o âmbito material do *nemo tenetur* engloba unicamente a colaboração activa do arguido. Isto, uma vez que vemos a vontade como a mais nuclear expressão da personalidade e dignidade humanas, contraposta à existência corpórea, e que não pode ser aproveitada pelo Estado a não ser que seja livre e esclarecida. Quanto à tolerância passiva a certas actuações das autoridades, elas só deverão ser proibidas, tendo como causa a prerrogativa contra a auto-incriminação, se permitirem

49 Cfr. Costa Ramos, 2006: 136-139.

50 Assim, o Acórdão n.º 695/95 do Tribunal Constitucional. Assim

51 É esta a concepção de Klaus Rogall, enraizada num direito natural de protecção própria (*Naturrecht des Selbstschutzes*), que deriva de um instituto de autopreservação e sobrevivência (*Selbsterhaltungstrieb*). Para uma análise da posição do autor alemão, cfr. Costa Ramos, 2007: 61-63. Cfr. também Ramsay, 1992: 308.

52 Cfr. Figueiredo Dias, 1974: 449. Aliás, só deste modo pensamos poder ser interpretada a jurisprudência do TEDH, no caso *John Murray vs. Reino Unido* (de 8 de Fevereiro de 1996), quando declara que não se pode pretender que a decisão de um acusado de se remeter ao silêncio durante todo o processo-crime não traga consequências necessárias quando o juiz tiver de avaliar as provas contra ele existentes. Para uma análise deste caso, cfr. Sousa Mendes, 2010: 130-131.

o acesso forçado do Estado à esfera mental-espiritual do indivíduo<sup>53</sup>. Em relação às demais actuações sobre o corpo da pessoa, deve entender-se que estas não cabem no âmbito de validade material do *nemo tenetur*, estando a sua admissibilidade condicionada ao normal processo constitucional de restrição aos direitos fundamentais, nomeadamente à intervenção do princípio da Proporcionalidade em sentido amplo e suas concretizações.

Olhando para os deveres de colaboração, cujo incumprimento é sancionado com sanções pecuniárias, e a possibilidade de utilização dos elementos processuais para a condenação do operador económico, “o efeito da coerção utilizada é equivalente à imposição da prestação de declarações forçadas no processo”<sup>54</sup>. Se a prestação voluntária de declarações por parte dos investigados não impede a utilização destas como prova em processo contra-ordenacional ou penal, o contrário sucede em relação à colaboração coactiva sobre factos que lhe são imputados. Ninguém está obrigado a contribuir activamente para a sua própria incriminação e a admissão da culpa própria no cometimento de uma infracção deve resultar de uma vontade livre, consciente e informada.

Apesar de, pela natureza das coisas, o núcleo do *nemo tenetur* se identificar de forma mais facilmente observável com as declarações escritas e orais do arguido, a garantia deve abranger também a entrega de documentos<sup>55</sup>, independentemente da sua natureza ou momento da sua constituição<sup>56</sup>. Ao contrário do direito inglês e australiano<sup>57</sup>, no entendimento dos tribunais norte-americanos só é permitida a obrigação da entrega de documentos preexistentes em caso de “*foregone conclusion*” ou se ao visado for concedida imunidade contra todas as

---

53 Deste modo, a protecção conferida pelo *nemo tenetur* abrangerá o acesso aos conhecimentos do arguido através de procedimentos técnicos como o *silent polygraph test*, a ressonância magnética funcional ou o exame neurológico P300. Sobre isto, cfr. Oliveira e Silva, 2015: 624 e ss.

54 Costa Ramos, 2010: 187. No mesmo sentido, Anastácio, 2010: 224.

55 Na generalidade dos ordenamentos da União Europeia, documentos serão a combinação de um suporte material com dados, factos ou narrações. A materialização que constitui o documento impõe que o seu suporte seja de vocação permanente, realizando a função de perpetuação (*Perpetungsfunktion*). Tem origem humana, qualquer que seja o seu conteúdo e o autor tem de ser determinável, cumprindo uma função de garantia (*Garantiefunktion*). Deve estar apto para entrada no tráfico jurídico e rova da factualidade que dele consta, cumprindo a função probatória (*Beweisfunktion*). Sobre esta classificação, cfr. Costa Ramos, 2006: 136.

56 Assim, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76. Cfr. também Sá, 2008: 133. No mesmo sentido parece ir o Tribunal Constitucional, no já referido Ac. 461/2011.

57 Cfr. Loschin, 1996: 257.

possíveis utilizações probatórias dos elementos entregues<sup>58</sup>. Já na Alemanha, a posição acolhida pode ser sintetizada na afirmação de ROGALL, segundo a qual “sob o prisma do *nemo tenetur*, não faz qualquer diferença que a auto-incriminação seja possibilitada pela prestação de declarações forçadas ou pela entrega coactiva de documentos ou objectos físicos”<sup>59</sup>. Para SANDRA OLIVEIRA E SILVA, numa formulação que vai mais além da “*reasonable particularity*” exigida para se afirmar existir uma “*foregone conclusion*” como afirmada pela jurisprudência norte-americana, só é legítima a obrigação de entrega de documentos se as autoridades conseguirem demonstrar a existência efectiva e a localização actual dos documentos pretendidos com recurso a meios independentes de prova (escutas, agentes infiltrados...) <sup>60</sup>. A nosso ver e como referiremos *infra*, mesmo que o arguido os tenha constituído livremente, a solução no domínio jurídico da concorrência não deve ser diferente, nem para a assegurar o efeito útil dos poderes investigativos da AdC, que sempre se poderá socorrer de outros meios de obtenção de prova, como as buscas, revistas e apreensões.

Precisamente porque o vemos como HASSEMER, ou seja, como a “mãe dos direitos de intervenção no processo penal formalizado”<sup>61</sup>, ele tem vigência absoluta e não pode estar sujeito a ponderação<sup>62</sup>, nem que se eleve a defesa da concorrência a interesse constitucional (art. 81.º, n.º 1, al. f) da CRP), instrumental da liberdade de iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1 da CRP). Porque tal ponderação levaria inevitavelmente ao sacrifício do núcleo essencial do *nemo tenetur*, se realizada no âmbito dos poderes sancionatórios da AdC. Seguimos, portanto, aqui de perto a configuração dogmática que COSTA ANDRADE atribui ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, quando o autor afirma que o princípio goza de uma “tutela absoluta”, não comportando qualquer “relativização em sede de ponderação”, mesmo “face aos interesses ou valores de maior relevo e eminên-

58 Cfr. Oliveira e Silva, 2015: 732-734. Cfr. ainda WILLIS, 2006: 6-7; Machado & Raposo, 2009: 20.

59 Rogall, Klaus *apud* Oliveira e Silva, 2015: 737.

60 A autora, no entanto, logo reconhece que uma interpretação tão exigente do grau de certeza necessário torna inútil, na prática, a utilização deste expediente no âmbito da perseguição penal. As autoridades, se estiverem certas da existência e localização dos documentos, escolherão a segurança das buscas e revistas evitando a destruição ou alteração dos meios de prova em causa. Assim, a opção pela notificação para entrega ficará reservada para as situações em que, de acordo com o princípio da Proporcionalidade, a realização de uma busca não se revele como necessária por não existir perigo de dissipação da prova. Cfr. Oliveira e Silva, 2015: 744.

61 Hassemer, Winfried, *apud* Silva Dias, 2010: 243.

62 Em sentido diferente, Silva Dias, 2010: 246; Costa Ramos, 2010: 180.

cia comunitária”<sup>63</sup>. O que não significa que este seja um direito fundamental absoluto mas, que seja esta a configuração a dar ao seu núcleo essencial, esse sim absoluto, em função da teleologia que lhe subjaz.

Até porque, como afirma SANDRA OLIVEIRA E SILVA num plano metodológico de conflito de direitos, “dado que os critérios legitimadores da restrição do *nemo tenetur* no interesse da eficácia da perseguição criminal (a saber: a gravidade do crime investigado, a indispensabilidade da prova, a fidedignidade da informação que se espera obter...) são precisamente os que tornam mais intensa a necessidade de tutela do arguido contra a auto-incriminação (é mais grave a pena esperada, maior o efeito incriminatório da diligência a realizar, etc.), nunca pode afirmar-se que a um grau mais elevado de afectação do direito sacrificado (a prerrogativa contra a auto-incriminação) corresponde uma maior medida de realização do interesse contrário (os da investigação criminal)”<sup>64</sup>. E, ainda acompanhando a autora, há que ter em mente a “probabilidade de a ponderação de bens se converter numa mera retórica de fundamentação dos resultados subjectivos, não comprováveis e incontroláveis, tidos em cada momento como adequados pelo legislador ordinário e pelos tribunais”<sup>65</sup>.

## 5. UM GARANTIDO PROCESSO PENALE CONTRA-ORDENACIONAL

Historicamente, o *nemo tenetur* foi concebido para o processo criminal, o que tem levado a conclusões, como a do Advogado-Geral DARMON a propósito do caso *Orkem*, de que o direito à não-auto-incriminação<sup>66</sup> “se torna cada vez menos comum à medida que nos afastamos do que chamaremos o âmbito do processo criminal clássico”<sup>67</sup>. O TEDH já afirmou também, no caso *O’Halloran e Francis vs. Reino Unido*<sup>68</sup> que “a especial natureza do regime regulatório

63 Costa Andrade, 2014: 147. No mesmo sentido, Oliveira e Silva, 2015: 617-618. Genericamente contra, Machado & Raposo, 2009: 47.

64 Oliveira e Silva, 2015: 622-623.

65 Oliveira e Silva, 2015: 622-623.

66 Utilizamos a expressão “auto-incriminação” num sentido amplo, que inclui a contribuição para o estabelecimento da própria responsabilidade por infracções criminais ou contra-ordenacionais, de direito administrativo sancionatório. Como alternativa, poderíamos referir-nos a “auto-inculpação”. Cfr. Costa Ramos, 2010: 176, nota 4.

67 Cfr. Martinho, 2010: p. 150.

68 Ac. do TEDH de 29 de Junho de 2007.



poderia requerer uma interpretação mais limitada do direito ao silêncio e à não auto-incriminação<sup>69</sup>.

Entendemos, no entanto, que o princípio deve valer para todo o direito público sancionatório<sup>70</sup>, incluindo o Direito de Mera Ordenação Social. Apesar de não ter consagração expressa ao nível do processo contra-ordenacional, o art. 41.º, n.º 1 do Regime Geral das Contra-ordenações determina a aplicação subsidiária das normas processuais penais, nas quais figura o direito ao silêncio como corolário do *nemo tenetur*<sup>71</sup>. Além disso, convém não esquecer a proposta doutrinal de VON LISZT que inclui o Direito contra-ordenacional (apesar de poder ser considerado direito sancionatório autónomo) na *Gesamtestrafrechtswissenschaft*<sup>72</sup>. No entanto, a questão da amplitude da aplicação das normas do processo criminal ao administrativo sancionatório não está devidamente concretizada, levando a diferentes perspectivas entre os autores e os tribunais. Vejamos as razões pelas quais nos inclinamos para uma extensão do *nemo tenetur*.

Parece-nos que a explicação muitas vezes avançada de que a garantia nasceu com natureza processual penal e não é aplicável aos processos contra-ordenacionais é sobremaneira perigosa. Não se estaria assim a abrir a possibilidade de que a passagem de um comportamento de crime a contra-ordenação, subordinada à vontade soberana do legislador, em vez de se tornar menos agressiva para os direitos fundamentais dos cidadãos pela não cominação de uma pena, acabasse por produzir o efeito contrário e facilitasse o sancionamento, por afastamento do *nemo tenetur* e diminuição de outras garantias jurisdicionais, a coimas de valor elevadíssimo, traduzindo-se afinal numa hipercriminalização?<sup>73</sup> Mesmo estando aberta a possibilidade de impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa (art. 59.º do RGCO), não estaríamos a recuar até ao Estado de Polícia do séc. XIX, tempo em que os autores viam a criminalização como uma forma de protecção dos cidadãos, submetendo-os

69 Cfr. Martinho, 2010: 171.

70 Assim, também, o Ac. do TEDH no caso *Engel e outros vs. Países Baixos* (de 8 de Junho de 1976). Cfr. também Sousa Mendes, 2010: 127, onde o autor invoca o art. 32.º, n.º 10 da CRP como possível fundamento de tal opinião.

71 Cfr. Sousa Mendes, 2010: 127.

72 Cfr. Lobo Moutinho, 2008: 76. Cfr. ainda, para uma conclusão “substancialmente próxima”, Brandão, 2016: 864.

73 Sobre a mesma preocupação, Lobo Moutinho, 2008: 44. Cfr. ainda Brandão, 2016: 240.

à justiça criminal, mais garantista, e afastando-os das arbitrariedades da administração?<sup>74</sup>.

Um primeiro argumento a favor da vigência do direito à não auto-incriminação em processo de contra-ordenação prende-se, contrariamente à tradicional argumentação da doutrina e jurisprudência alemãs, com a negação da diferente ressonância ética entre crimes e contra-ordenações<sup>75</sup>. Porque se a sua afirmação poderá, eventualmente, valer como um “dever ser”, maiores dúvidas existem quanto à sua verificação na realidade jurídica actual, em que muitas vezes a diferenciação passa por uma opção política em vez de uma distinção fenomenológica e axiológica do facto baseada na ideia de dignidade penal, e em que, na expressão de LOBO MOUTINHO, o legislador “traí o critério material de distinção”<sup>76</sup>. Como NUNO BRANDÃO, “parece-nos temerário traçar um generalizado juízo de indiferença ética sobre todo o imenso mundo contra-ordenacional, assim lançando um tudo menos apodíctico manto de neutralidade axiológica sobre a ilicitude, a culpa e a sanção contra-ordenacionais”<sup>77</sup>. Parece-nos, também que a separação da natureza dos dois ilícitos se tem esbatido com uma sua progressiva aproximação e uma deslocação da tónica de diferenciação, sempre que haja dignidade penal do facto, de uma perspectiva qualitativa para uma meramente quantitativa<sup>78</sup>. Neste sentido, SILVA DIAS exemplifica com o tratamento do Abuso de Informação Privilegiada (art. 378.º do Código dos Valores Mobiliários) (CVM) como crime e com o da Intermediação Financeira Excessiva (arts. 397.º, n.º 2, al. c) e 310 do CVM) como contra-ordenação<sup>79</sup>.

Uma segunda razão prende-se com o facto de as novas espécies de contra-ordenações típicas de uma economia de mercado desenvolvida, que têm surgido desde meados da década de 80 do século passado, serem sancionadas com coimas de valores impressionantes e sanções acessórias que pouco ou nada se diferenciam das penas acessórias, indo muito além da mera advertência

---

74 Faria Costa, 1998: 124.

75 Brandão, 2016: 243. No argumento contrário, funda o Tribunal Constitucional (Ac. n.º 461/2011) a sua posição menos garantista.

76 Lobo Moutinho, 2008: 30.

77 Brandão, 2016: 825-826.

78 Costa Ramos, 2010: 188.

79 Silva Dias, 2010: p. 256-257.

social de que falava GOLDSCHMIDT<sup>80</sup>. São altamente restritivas dos direitos patrimoniais das empresas e dos indivíduos, com consequências de natureza semelhante ou mais graves do que as das infracções penais que possam ter como sanções a privação de liberdade de curta ou média duração, como coimas de vários milhões de euros, podendo provocar a sua “asfixia económica”<sup>81</sup>. Daí que, por exemplo, COSTA PINTO proponha uma diferenciação de regimes entre as contra-ordenações “clássicas” e estas contra-ordenações “modernas”<sup>82</sup>, valendo para estas um regime mais rigoroso e garantista que compensem a severidade punitiva<sup>83</sup>. Além do equívoco a que se pode chegar ao distinguir a espécie de ilícito pela sua consequência jurídica<sup>84</sup>, hoje resulta claro que, em função da protecção de bens jurídicos que ambas devem prosseguir<sup>85</sup>, já não se pode afirmar que a aplicação de coimas e sanções pecuniárias contrasta cristalinamente com a aplicação de penas, especialmente no domínio das pessoas colectivas<sup>86</sup>.

Outro argumento a favor da extensão do *nemo tenetur* é a aplicabilidade das garantias constitucionais que lhe servem de fundamento ao processo contra-ordenacional. Aquelas que não o forem directamente, através de um “juízo estruturalmente analógico”<sup>87</sup> *pro reo* e mesmo que se rejeite a aplicação do art. 61.º, n.º 1, al. d) do CPP<sup>88</sup>, hão-de o ser através do art. 32.º, n.º 10 da CRP, que assegura os “direitos de defesa” ao arguido no processo contra-ordenacional. Direitos esses que, segundo FIGUEIREDO DIAS, devem entender-se como “uma categoria aberta à qual devem ser imputados todos os concretos direitos de que o arguido dispõe, de co-determinar ou conformar a decisão final do processo”<sup>89</sup>.

---

80 E retomada por Eberhard Schmidt, que notava na coima uma ausência da finalidade expiatória que, para o autor, a pena assumia e uma impossibilidade de desempenhar qualquer função educativa ou ressocializadora no agente. Brandão, 2016: 816.

81 As contra-ordenações da LdC podem chegar a um montante máximo de 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória proferida pela AdC, nos termos do art. 69.º, n.º 2 da LdC. Costa Ramos, 2010: 190.

82 Costa Pinto, 2009: 686 e ss.

83 Silva Dias, 2010: 239, 244-245 e 257.

84 Cfr. Lobo Moutinho, 2008: 45-46; e Brandão, 2016: 825.

85 Brandão, 2016: 821.

86 Machado & Raposo, 2009: 29.

87 Lobo Moutinho, 2008: 42.

88 Anastácio, 2010: 205-206.

89 Figueiredo Dias apud Silva Dias, 2010: 244.

Não sendo aconselhável uma interpretação restritiva no que toca a normas de direitos, liberdades e garantias<sup>90</sup>, não há fundamento racional para, “em nome de uma diferença qualitativa ou material entre contra-ordenações e crimes, vedar a aplicação das garantias de defesa” que são adequadas. E esta adequação tem de derivar do reconhecimento de que, quando “a ideia de Justiça e o princípio do Estado de Direito impõem ao direito das contra-ordenações a sua conformação com um certo mínimo axiológico espelhado num dado princípio jurídico-constitucional vazado na constituição penal deve esse princípio considerar-se directamente aplicável ao direito contra-ordenacional”<sup>91</sup>. Nomeadamente, o *nemo tenetur*, princípio constitucionalmente implícito, que o Tribunal Constitucional comprime devido a uma “menor potencialidade lesiva da reacção estadual à infracção”<sup>92</sup>, argumento que pensamos ter refutado no parágrafo imediatamente anterior. Isto, mesmo que, em vez de se entender haver uma diferenciação qualitativa ou quantitativa, se entenda, como COSTA ANDRADE e como demonstram os arts. 32.º, 37.º, n.º 3, 165.º, n.º 1, al. d), 227.º, n.º 1, al. q) e 282.º, n.º 3 da CRP, que o direito das contra-ordenações existe ao lado do direito penal como outro ordenamento jurídico sancionatório<sup>93</sup>.

Uma necessidade que se revela como mais premente quando se verifica que o processo contra-ordenacional é comandado por uma única entidade que investiga, faz a instrução e sanciona (art. 6.º dos Estatutos da AdC), como se a “promiscuidade entre instrutores e julgadores”<sup>94</sup> nos fizesse viajar no tempo, regressando ao processo inquisitório. Com o risco acrescido de, com a concentração dos poderes de supervisão e sancionatórios que se encontram intimamente ligados<sup>95</sup>, poder aproveitar-se dos primeiros e dos deveres de cooperação para, numa “estratégia de *fishing expedition*”<sup>96</sup> tão comum nos crimes de colarinho branco e contrariamente aos princípios da boa fé e do respeito por

90 Valendo um princípio de preferência pelo nível mais elevado de protecção. Cfr. Silva Dias, 2010: 248, nota 25.

91 “...mesmo que a letra do preceito constitucional que o consagre pareça dar a impressão de uma exclusiva predisposição de aplicação ao domínio penal.” Assim, Brandão, 2016: 883. O autor, no entanto, não refere expressamente o *nemo tenetur* com uma dessas garantias analogicamente aplicáveis.

92 Ac. n.º 461/2011.

93 Costa Andrade, *apud* Lobo Moutinho, 2008: 33 e 41.

94 José António Veloso, *apud* Lobo Moutinho, 2008: p. 69.

95 Cfr. Costa Ramos, 2010: 179.

96 Anastácio, 2010: 227.

um processo justo e equitativo, instruir o processo contra-ordenacional sem informar o suspeito, que está convencido de que é alvo de uma simples acção de inspecção, e proferir uma decisão condenatória<sup>97</sup> contaminada. Ainda mais, quando a empresa visada não tem acesso ao processo sancionatório na fase de investigação e sendo-lhe pedidos, em várias ocasiões, elementos documentais dispersos<sup>98</sup>. Mesmo havendo o dever de indicação do fundamento jurídico e da finalidade e de especificar as informações necessárias. Quase que nos aprez perguntar, com HABERMAS, sobre “quem penaliza o detentor do monopólio de violência” se este quiser comportar-se de forma desviante?<sup>99</sup>

SILVA DIAS sugere a possibilidade da constituição do investigado como arguido, fazendo uso do art. 59º, nº 2, do CPP, que atribui o direito a ser constituído arguido a pedido do investigador, sobre quem recaia suspeita de ter cometido um crime, sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente o afectem, em ordem a legitimar o recurso ao direito ao silêncio. Isto valeria para o processo contra-ordenacional, pelo facto de o Direito processual valer, em relação àquele, como direito subsidiário, por força do art. 41.º do RGCO<sup>100</sup>. Deste modo, o sujeito passivo do dever de colaboração, quando surgisse a suspeita de prática de infracção<sup>101</sup>, passaria a arguido do processo contra-ordenacional, ganhando a prerrogativa de exercer o direito ao silêncio e à recusa da entrega de documentos, no que pode ser visto como uma “válvula de escape” do sistema, que marca também o âmbito de validade temporal da garantia<sup>102</sup>.

Entendemos, sobretudo, que há que separar as águas consoante a função exercida pela autoridade administrativa, porque o *nemo tenetur* não deve ser aplicável enquanto aquela estiver a exercer poderes de supervisão e controlo, tendo em vista o regular funcionamento do sistema<sup>103</sup>. Mas, já o será, quando, no exercício daqueles poderes, a autoridade se deparar com indícios da prática

97 Cfr. Silva Dias, 2010: 250; e Machado & Raposo, 2009: 16.

98 Cfr. Costa Ramos, 2010: 187.

99 Cfr. Habermas, 2012: 85. O autor enuncia a questão referindo-se a quem controla os Estados nacionais sugerindo os órgãos da União Europeia. Mas quem controla estes? É um problema de *regressus ad infinitum*.

100 Silva Dias, 2010: 255. No mesmo sentido, Costa Ramos, 2010: 193.

101 Mas, não ainda quando os pedidos forem feitos pela AdC unicamente para assegurar o regular funcionamento de determinadas operações ou actividades.

102 Silva Dias, 2010: 245-246. Cfr. ainda Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 57.

103 Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 49. No mesmo sentido, Silva Dias, 2010: 250.

de contra-ordenação “e decide encetar diligências com vista à confirmação dos indícios e ao apuramento das responsabilidades”, momento esse que marca o início do processo-contra ordenacional, que não precisa de uma confrontação do arguido com a infracção cometida, nomeadamente através de uma nota de ilicitude ou acusação<sup>104</sup>. Porque, muito embora as prerrogativas de inquérito e de inspecção sejam comuns aos poderes sancionatórios e de supervisão, os Estatutos da AdC, no art. 6.º, distinguem claramente o conteúdo e finalidades desses poderes, o que os mostra como autónomos e diferenciados<sup>105</sup>. São “sistemas autónomos e autorreferentes”, que podem realizar-se de forma perfeita e ainda actualizar-se em “obediência e fidelidade aos seus códigos específicos”<sup>106</sup>. Não cremos que haja aqui qualquer antinomia do sistema jurídico<sup>107</sup>, já que os elementos recolhidos durante a actividade inspectiva não têm de ser os únicos meios de prova do procedimento sancionatório administrativo, devendo funcionar antes como notícia da infracção e determinando a AdC, de acordo com o princípio da legalidade da promoção processual a que está sujeita, a uma investigação que não tem de mobilizar as declarações e os documentos entregues, podendo usar outros meios de obtenção de prova. Não vemos, pois, razão para, em nome da necessidade de protecção da eficiência funcional das autoridades administrativas, limitar o princípio da proibição da auto-incriminação<sup>108</sup>.

Carece de prova, pois, a alegação de que, na disciplina da concorrência, a efectiva realização das funções preventivas de controlo e fiscalização da regularidade da actuação dos agentes económicos depende da possibilidade de os ilícitos administrativos serem sancionados pela entidade reguladora, não havendo outro modo de corrigir falhas detectadas<sup>109</sup>. Parece-nos, também, que LOBO MOUTINHO vai de encontro a essas mesmas dúvidas quando questiona a bondade da solução de concentrar poderes sancionatórios com os demais poderes regulativos na mesma entidade e sugere a possibilidade de tribunais

---

104 Assim, Machado & Raposo, 2009: 45; e Silva Dias, 2010: 254. Note-se que a jurisprudência comunitária já clarificou que a Comissão deve identificar, no pedido de informações, a violação dos artigos de que suspeita. Sobre isto, Martinho, 2010: 165.

105 Cfr. Costa Ramos, 2010: 179.

106 Cfr. Costa Andrade, 2014: 153.

107 Em sentido diferente, Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 106-107.

108 Contrariamente, Brandão, 2016: 806.

109 No sentido contrário ao do texto, Oliveira e Silva, 2015: 554 e 753, nota 1888. Cfr. Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 78-79; e Lobo Moutinho, 2008: 62. Cfr. também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011.

especializados para o sancionamento promovido pelos reguladores<sup>110</sup>. E está ainda por demonstrar que só um atropelo ao *nemo tenetur*, que, como escrevemos *supra*, entendemos estar subtraído a qualquer juízo de ponderação mesmo face a interesses públicos como a defesa da concorrência e a protecção da economia, possibilite inverter a punibilidade das infracções cometidas neste âmbito. Não é pelo facto de a actividade económica de mercado estar subtraída à liberdade geral de acção, com necessidades de autorização e vigilância, que está legitimada uma actuação sancionatória sem garantias que materialmente devem estar ligadas a qualquer actuação deste tipo. E não é por neste tipo de actividades se exigir a máxima lealdade com o Estado que essa lealdade deixa de estar sujeita a limites, nomeadamente quando haja risco de auto-incriminação. Aliás, já foi afirmado pelo TJUE, no caso *Montecatini SpA vs Comissão Europeia*<sup>111</sup>, que o princípio da presunção de inocência se aplica aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas susceptíveis de conduzir à aplicação de multas ou de sanções pecuniárias compulsórias.

Daí que defendamos uma proibição de valoração no processo contra-ordenacional das declarações e documentos obtidos no âmbito dos poderes de supervisão por violação do *nemo tenetur*. Desse modo, não deixará de conseguir-se o objectivo da protecção da concorrência, para o qual a condenação em coimas das empresas através de prova obtida de forma activa e coactiva nada adiantam.

Diga-se, ainda, que a propósito do acórdão *Société Stenuit vs França* do TEDH<sup>112</sup>, pode ler-se no considerando n.º 65 do Relatório da Comissão Europeia, que “*en tout état de cause, la décision du ministre d’infliger une sanction pécuniaire constituait, au regard de la Convention, une décision sur le bien-fondé d’une accusation pénale et présentait le caractère d’une sanction pénale*”<sup>113</sup>. Mesmo que o TEDH, no acórdão *Jussila vs Finlândia*<sup>114</sup>, tenha tentado esclarecer a questão, dizendo que há “acusações em matéria penal com diferentes pesos” e que o Direito da Concorrência não pertence ao direito criminal clássico, não

110 Cfr. Lobo Moutinho, 2008: 70.

111 Acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, no Proc. C-235/92 P.

112 Acórdão do TEDH de 27 de Fevereiro de 1992, Proc. 11598/85.

113 Relatório disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-46290%3FTID%3Dihgdqbxnfi&sa=U&ved=0ahUKewjhp5yCOzfsAhVM0xoKHbtUAOMQFggZMAE&usg=AFQjCNHXFVEH Mgmjr0IWLngsoh\\_3xtl3Gg](http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-46290%3FTID%3Dihgdqbxnfi&sa=U&ved=0ahUKewjhp5yCOzfsAhVM0xoKHbtUAOMQFggZMAE&usg=AFQjCNHXFVEH Mgmjr0IWLngsoh_3xtl3Gg)

114 Acórdão do TEDH de 23 de Novembro de 2006, no Proc. 73053/01.

tendo um “nível significativo de estigma”<sup>115</sup>. No entanto, o mesmo argumento pode ser revertido, levando-nos a afirmar que há infrações administrativas sancionadas de tal forma pesada que, como já escrevemos, tenha de haver uma analogia com o direito criminal e com as suas garantias. Comentadores da lei alemã das contra-ordenações assinalam até que o processo contra-ordenacional “apenas é um procedimento prévio” e que “a decisão de aplicação de coima é uma pronúncia provisória proferida num procedimento prévio e que só se torna definitiva através da auto-submissão do interessado”<sup>116</sup>.

Assim, não podemos deixar de concordar com o sentido visado pela pergunta de ULRICH SIEBER, quando questiona se não deveremos “exportar”, para o âmbito das “medidas preventivas de intensa intervenção” adoptadas fora do Direito Penal, o sistema de protecção próprio deste ramo do direito<sup>117</sup>, sempre dentro do juízo estruturalmente analógico. Sabendo que o direito contra-ordenacional assume uma “extrema proximidade ou congruência substantiva” com o processo penal, entendemos que “a inegável diversidade processual, marcada pela competência administrativa para promover o processo e sancionar”<sup>118</sup> não pode destruir as garantias que ainda assim lhe seriam adequadas. É que com a consagração legal dos deveres de colaboração, o direito à não auto-incriminação, nestes processos contra-ordenacionais, não é comprimido até uma fronteira razoável<sup>119</sup> mas é verdadeiramente destruído o seu núcleo essencial.

## 6. UMA GARANTIA DAS PESSOAS COLECTIVAS

Além de ter sido concebido para o direito criminal, o *nemo tenetur* foi, fruto das circunstâncias históricas e do ainda pouco desenvolvido direito dos entes colectivos, inicialmente pensado para as pessoas singulares. Assim, várias correntes continuam a afirmar uma flexibilização de princípios e garantias dos entes colectivos, como contrapolo à menor severidade da sanção<sup>120</sup>.

---

115 Martinho, 2010: 170.

116 Cfr. Lobo Moutinho, 2009: 39. Fazem-no porque são limitados os efeitos da decisão administrativa, mesmo que condenatória (arts. 59.º, 79.º, 82.º, 89.º do RGCO). Por exemplo, a decisão da autoridade administrativa que aplicou a coima ou sanção acessória não impede a abertura de processo penal para conhecimento do mesmo facto como crime, caducando se aí vier a ser proferida condenação do arguido ou uma qualquer outra decisão que seja incompatível com a aplicação da coima e da sanção acessória (art. 82.º do RGCO)

117 Sieber, Ulrich *apud* Silva Dias, 2010: 257.

118 Lobo Moutinho, 2008: 40.

119 Como entende, Anastácio, 2010: 218.

120 Cfr. Teixeira, 2008: 102.



O *Supreme Court* norte-americano, desde o caso *Hale vs. Henkel*<sup>121</sup>, tem vindo a reafirmar a natureza estritamente pessoal do *privilege against self-incrimination*, naquilo a que chama a “*entity exception*” ou “*collective entity rule*”, ligada ao segmento do texto da V Emenda da Constituição americana, “*no person*”. Como fundamentação, avança, em primeiro lugar, com o argumento de que a garantia está desenhada sobretudo para a protecção de direitos e interesses ligados à personalidade humana, como a proibição de métodos desumanos de compulsão e o reduto inviolável da privacidade. Como segunda razão justificativa da opção jurisprudencial, refere que as pessoas colectivas são ficções criadas pelo Direito e, como tal, são entidades sujeitas a um dever de se submeterem à fiscalização dos poderes públicos. É patente a preocupação do *Supreme Court* com a eficácia na detecção, perseguição e comprovação do *white collar crime* e o receio de não ser possível a sua realização concreta se não houver colaboração da própria pessoa colectiva<sup>122</sup>. Isto foi confirmado no caso *Wilson vs. United States*<sup>123</sup>, em que o tribunal exigiu de um funcionário da empresa os documentos desta detidos por ele, mesmo que o pudessem auto-incriminar<sup>124</sup>.

No entanto, em Inglaterra, o direito à não auto-incriminação é reconhecido desde o caso *Triplex Safety Glass Co. vs Lancegaye Safety Glass Ltd.*, de 1938, em que o *Court of Appeal*, apesar de reconhecer que uma pessoa colectiva não pode sofrer as constricções físicas de uma pessoa natural, afirma que pode ainda ser condenada e sancionada<sup>125</sup>. O que, além de riscos patrimoniais e de existência da pessoa colectiva, trará consigo ainda danos reputacionais<sup>126</sup>.

Muitas vezes, é mobilizado o argumento histórico (que aliás influenciou a mudança de paradigma no direito australiano que seguia o modelo inglês para passar a partidário do modelo americano de denegação do direito aos entes colectivos<sup>127</sup>) que associa o *nemo tenetur* unicamente à pessoa física ou singular.

121 Acórdão do *Supreme Court of the United States* de 12 de Março de 1906.

122 Cfr. Ramsay, 1992: 299 e 307; Loschin, 1996: 262-263; Oliveira e Silva, 2015: 222-223; Machado & Raposo, 2009: 21; e Khanna, 2014: 13. Sobre esta preocupação do *High Court of Australia*, cfr. McDonald, 1993: 189.

123 Acórdão do *Supreme Court of the United States* de 15 de Maio de 1911.

124 Loschin, 1996: 263.

125 Cfr. Ramsay, 1992: 298; Loschin, 1996: 261; Machado & Raposo, 2009: 27-28.

126 Cfr. Machado & Raposo, 2009: 22-23.

127 Cfr. Loschin, 1996: 265; e Machado & Raposo, 2009: 30-31. McDonald (1993: 188) afirma, com estranheza: “*it is curious that the common law has been interpreted in order to accommodate prevailing government policy*”.

No entanto, a origem histórica do princípio continua a ser discutida e este argumento está mais identificado com uma tese de origem romano-canónica, assente em justificações de índole religiosa, nomeadamente a de que as pessoas colectivas não têm consciência ou alma para redimir<sup>128</sup>. De todo o modo, qualquer que seja a sua verdadeira origem histórica, o princípio tem de ser considerado na sua dimensão evolutiva, que acompanha a realidade histórico-jurídica e o desenvolvimento do pensamento jurídico. É a partir dos problemas jurídicos que inovadoramente surgem no horizonte comunitário e da “constituente reflexão da prática intersubjectividade em que radica o direito” que se dá a evolução dos princípios<sup>129</sup>. A reflexão sobre o *nemo tenetur* não pode continuar a ignorar, com base em argumentos de carácter formal, os agentes colectivos como destinatários do Direito penal e contra-ordenacional e como tal mercedores da garantia contra a auto-incriminação<sup>130</sup>, já que, além de outros argumentos que mobilizaremos, são eles mesmos, no fundo, organizações de pessoas singulares, titulares essas, sem dúvida alguma, da protecção conferida pelo *nemo tenetur*.

O art. 12.º da CRP dispõe que as pessoas colectivas gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza. Apesar de o nosso estudo se orientar de certa forma na direcção dos entes colectivos com personalidade jurídica, parece que a norma constitucional não faz distinção, sugerindo a adequação de uma interpretação extensiva do preceito<sup>131</sup>. Além da natureza da pessoa colectiva em causa, a atribuição de direitos àquelas entidades está dependente, naturalmente, da natureza do direito fundamental no caso, excluindo-se, nomeadamente, os direitos de natureza biológica<sup>132</sup>. Ora, a natureza do *nemo tenetur*, não nos parece exclusiva das pessoas singulares, já que também os entes colectivos podem ser coactivamente determinados a revelar conhecimentos de cariz auto-incriminatório. Nem se diga que a contribuição da pessoa colectiva para

---

128 Cfr. McDonald, 1993: 182. O autor cita o *High Court of Australia*: “a corporation has no body to be kicked or soul to be damned”. De acordo com a doutrina eclesial, o Direito não deveria exigir a confissão da pessoa que só o teria de fazer a Deus. Além do mais, se o Estado exigisse confissões estaria a promover o perjúrio, um pecado mortal. Mas, isto valeria para as pessoas, já não para as empresas desprovidas de alma. Cfr. Loschin, 1996: 266-267.

129 Bronze, 2010: 633-634.

130 Neste sentido foram os votos de vencido de três juízes do *High Court of Australia*, no caso *EPA vs Caltex*, de 1993. Sobre o caso, cfr. McDonald, 1993: p. 183.

131 Assim, Gomes Canotilho & Moreira, 2014: 329. Concordamos com os autores nas dúvidas quanto à aplicabilidade do *nemo tenetur* às fundações por ausência da base associativa.

132 Cfr. Gomes Canotilho & Moreira, 2014: 330-331; e Menezes Cordeiro, 2004: 72.

o esclarecimento de factos de cariz auto-incriminatório é aceitável, na medida em que é algo de estranho em relação à violência sobre a integridade física ou moral<sup>133</sup>. Nem que seja porque a ameaça de coima por não cumprimento da obrigação atenta contra a integridade patrimonial e, por isso, existência da própria pessoa colectiva e, logo, contra o desenvolvimento da personalidade das pessoas singulares que a compõem.

WOUTER WILS afirma que “não é óbvio que o TEDH garantiria a mesma amplitude de protecção sob o direito à não-autoincriminação a pessoas jurídicas (...) na medida em que esses procedimentos apenas podem conduzir à imposição de coimas”<sup>134</sup>. No entanto, não se vislumbram razões fundadas para que uma pessoa colectiva não possa ser alvo de coacção com a ameaça do sancionamento através de coimas, com implicações no seu património e nas actividades prosseguidas, podendo levar à sua ulterior dissolução por falta de meios. Para elas, as sanções pecuniárias de elevadíssimo montante que podem ser impostas pelas autoridades da concorrência podem ter um efeito coercivo maior do que uma pena de prisão de curta duração para uma pessoa física, mais preocupada com o seu património que continuará intacto quando voltar à liberdade.

Deste modo, não teria sentido retirar às pessoas colectivas as suas garantias de defesa, nem mesmo em processo penal, porque depois de se admitir a sua responsabilidade não se pode, ao mesmo tempo, criar para elas um Direito penal e processual de excepção<sup>135</sup>. Uma questão pertinente seria sobre o sentido da manutenção de uma responsabilidade penal (e contra-ordenacional) para os entes colectivos, quando as sanções continuam (naturalmente) como essencialmente de natureza pecuniária e muitos são os problemas que as construções de imputação do facto, culpa e pessoalidade da pena (ou coima) põe para estas entidades. Não será a única diferença substancial entre a sua responsabilização civil e criminal o role de garantias processuais aplicáveis<sup>136</sup>? Apesar destas considerações que se afastam do tema do nosso estudo, mantendo o direito

133 Cfr. Teixeira, 2008: 158. Cfr. McDonald, 1993: 180.

134 Wouter Wils, *apud* Martinho, 2010: 168.

135 Assim, Sousa Mendes, 2010: 137, nota 37.

136 Não nos referimos aqui, obviamente, ao conjunto de diferenças técnico-jurídicas em termos de andamento processual e das várias sanções acessórias mas, ao essencial daquilo que é trazido pela responsabilidade criminal, na linha de Khanna (2004: 4). No entanto, não podemos concordar com o autor quando refere que, com base numa análise economicista, sugere dever existir uma menor protecção das pessoas colectivas no processo criminal do que no processo civil.

positivo<sup>137</sup>, aquele tipo de responsabilização, entendemos que, em termos gerais, como correlato da responsabilização (penal e contra-ordenacional), a pessoa colectiva deve beneficiar do estatuto de arguido<sup>138</sup>, que, como já defendemos *supra*, deverá englobar, mesmo nos processos contra-ordenacionais, o *nemo tenetur*<sup>139</sup>.

Além do mais, a titularidade pelas pessoas colectivas do direito à não auto-incriminação não sofre com a visão do *nemo tenetur* como justificado pela dignidade da pessoa humana<sup>140</sup>. Porque a personalidade jurídica colectiva não existe somente para benefício da sociedade em geral, que poderia exigir dela mais do que a uma pessoa física<sup>141</sup>, quase que como a simples suspeita da prática de infracções derogasse a presunção de inocência. Ela existe funcionalmente em nome do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo (ou indivíduos) e uma recusa do direito para a pessoa colectiva seria sempre uma recusa para quem a usa<sup>142</sup>. Por outro lado, dificilmente nos conseguimos livrar das dúvidas suscitadas pelo princípio da pessoalidade (art. 30.º, n.º 3 da CRP), nomeadamente nas suas refracções de proibição de transmissão das sanções para terceiros e impossibilidade de sub-rogação no cumprimento das sanções<sup>143</sup>. Na realidade, não curamos aqui da transmissibilidade de certos efeitos patrimoniais conexos das penas nos termos da lei civil<sup>144</sup> mas, da real transmissão dos efeitos das coimas para a restante estrutura da empresa, incluindo administradores, trabalhadores, fornecedores e clientes<sup>145</sup>.

Por último, decididamente não se pode é argumentar que certos documentos sempre poderiam ser obtidos por outros meios, como junto de terceiros ou

---

137 Influenciado pelas tendências internacionais, a nível internacional e europeu. Cfr. Pinto de Albuquerque, 2006.

138 Teixeira, 2008: 105.

139 Neste sentido, Machado & Raposo, 2009: 41.

140 Assim, Lamberigts, 2016: 438.

141 Assim, Loschin, 1996: 268.

142 De acordo com Machado & Raposo (2009: 25), “Do ponto de vista material, elas [*as pessoas colectivas*] são um conjunto de pessoas individuais que colaboram na prossecução de finalidades comuns, em muitos casos de natureza económica.” Menezes Cordeiro (2004: 70) afirma “a desonra de uma pessoa colectiva repercute-se sobre as pessoas que lhe sirvam de suporte ou que, para ela, trabalhem ou actuem”.

143 Sobre o princípio, cfr. Antunes, 2015: 20.

144 Cfr. Gomes Canotilho & Moreira, 2014: 504.

145 Neste sentido, também Machado & Raposo, 2009: 23.

instituições (como bancos ou outras entidades reguladoras) ou com recurso aos poderes coercivos judiciais, como a utilização das buscas<sup>146</sup>. Porque a realidade sempre se nos revela com uma fertilidade tal que contraria essa lógica, nomeadamente, como nos revela a jurisprudência do TEDH no caso *Funke*, a situação de as autoridades aduaneiras que, sendo “incapazes ou não querendo obtê-los por outro meio, tentaram compelir o recorrente”<sup>147</sup>. Dizer que as pessoas jurídicas têm uma burocracia e estrutura especialmente protectivas e que na maior parte das vezes conduzem os seus negócios por escrito, sendo que a negação do *nemo tenetur* se justifica por razões de eficácia na justiça<sup>148</sup> é, a nosso ver, não só um recuo civilizacional como uma incoerência do sistema jurídico. Um recuo civilizacional porque o *overenforcement* nos lembra dos tempos obscuros em que a eficácia justificava métodos como a tortura, em que era desconsiderada a finalidade do processo penal de protecção dos direitos fundamentais. E uma incoerência porque, como já dissemos, esquece que as pessoas colectivas estão juridicamente ao dispor de pessoas físicas, legitimando-se daquele modo uma espécie de “tortura administrativa e económica” com consequências para os indivíduos<sup>149</sup>.

E como exerceriam as pessoas colectivas o seu direito ao silêncio? Sendo, o depoimento um acto pessoal, nos termos do art. 138.º, n.º 1 do CPP, não tendo voz originalmente própria, a pessoa colectiva deve ser representada pela pessoa singular para isso habilitada por lei, pacto social ou estatutos<sup>150</sup>. Diz o art. 87.º, n.º 1 do RGCO que as pessoas colectivas e as associações sem personalidade jurídica são representadas no processo por quem legal ou estatutariamente as deva representar. A este propósito da representação, existem duas concepções.

146 Cfr. Teixeira, 2008: 158. Cfr. sobre este argumento Machado & Raposo, 2009: 39.

147 Parágrafo 44 do Acórdão. Cfr. Costa Ramos, 2006: 142.

148 Cfr. Ramsay, 1992: 307; Loschin, 1996: 269-270; Khanna, 2004: 46; e ainda Lamberigts 2016: 436.

149 No caso *Société Stenuit vs. França*, o TEDH não chegou a pronunciar-se sobre a aplicabilidade do art. 6.º, n.º 1 da CEDH às pessoas colectivas, uma vez que a sociedade comercial informou o Tribunal da sua intenção de desistir da queixa, não tendo sido proferida decisão de mérito. Cfr. Sousa Mendes, 2010: 136, nota 34.

150 É esta a solução do art. 25.º, n.º 1 do CPC. O seu n.º 2 não parece aplicável ao processo penal, em razão da livre organização e expressão da defesa, a não ser que a pessoa colectiva ou seu representante se furtem a um acto processual (ex: notificação da acusação) e o tribunal nomeie um representante *ad hoc* para esse efeito. No domínio da concorrência vale o art. 16.º da LDC. Aquela também parece ser a linha de pensamento do legislador no CSC para as sociedades em nome colectivo e por quotas (arts. 192.º, 252.º e 261.º do CSC), havendo maiores dúvidas quanto às sociedades anónimas (arts. 405.º, n.º 2, 420.º, n.º 1, al. l), 421.º, n.º 3 e 4 e 441.º, al. p).

A tradicional, apenas diz poder haver regular representação processual através da intervenção dos titulares dos seus órgãos, administradores ou gerentes (*top management*). A moderna, admite a representação fundada numa delegação de competência, eventualmente através de procuração com poderes bastantes.

Seguindo CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, entendemos ser esta última a que melhor se adequa<sup>151</sup>. Primeiro, porque terá de haver sempre um intermediário e não se podem pôr em causa direitos de defesa ou a regularidade do processo, o que poderia acontecer se os administradores e gerentes fossem também suspeitos, arguidos, ofendidos ou assistentes. Depois, porque no mundo de economia globalizada, as pessoas colectivas têm estabelecimentos dispersos por todo o país e até entre países, não sendo funcionalmente adequada a obrigatoriedade da presença dos administradores ou gerentes quando o processo se pode desenrolar a milhares de quilómetros dos seus domicílios ou da sede da pessoa colectiva. Por fim, nem sempre os responsáveis de topo da empresa têm conhecimento directo, fruto da deslocalização empresarial, dos factos<sup>152</sup>.

Tudo isto, nos suscita uma última interrogação: imaginando que nunca haveria lugar a uma prerrogativa contra a auto-incriminação das pessoas colectivas, como iriam os representantes produzir declarações incriminadoras do ente colectivo “mordendo a mão que lhes dá de comer”<sup>153</sup>? Ou seriam confrontados com uma escolha difícil, ou a sua escolha como representantes no processo seria um presente envenenado ao qual se seguiriam dias difíceis no seio empresarial.

## 7. CONCLUSÕES

Conscientes da alteração da concepção tradicional do *nemo tenetur se ipsum accusare* que propomos, não a vemos, pelas razões *supra* explicitadas, como um garantismo infundado e radical. Bem sabemos, fruto da lição de FIGUEIREDO DIAS, que “também um unilateralismo sistemático no sentido da protecção do arguido ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos”<sup>154</sup>.

151 Como parece sugerir o Parecer da PGR n.º 11/2013, publicado na parte D do DR IIª Série n.º 178, de 16 de setembro de 2013.

152 Neste sentido, Teixeira, 2008: 106-108. No fundo, certa parece ser a necessidade de intervenção legislativa neste domínio, com regras de preferência e consideração de quem pode fazer gerar a responsabilidade da pessoa colectiva (art. 11.º do CP, art. 73.º da LdC e art. 7.º do RGCO). Além do tratamento de questões como as de coligação ou litisconsórcio, que podem gerar problemas como o de só um de dois representantes exercer o direito ao silêncio da pessoa colectiva.

153 Com esta expressão sugestiva, Lamberigts, 2016: 435. Cfr também, sobre o problema, McDonald, 1993: 187-188.

154 Figueiredo Dias, 2011: p. 28.

Vemo-la, sim, fundada não só nos perigos que uma sua desconsideração poderia gerar para o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação mas, também na coerência lógica do universo normativo já existente.

A solução avançada não conduz, a nosso ver, à frustração das finalidades da supervisão, já que a AdC tem todo um conjunto de poderes, mais do que suficientes, para aceder às informações e documentos pretendidos, através de meios de obtenção de prova previstos na lei processual penal vigente, como sejam as buscas, as revistas e as apreensões. Claro está que o acesso aos meios de prova não será tão facilitado mas, assim o exige o *nemo tenetur*. A maximização da prova e a eficiência das investigações não podem justificar um retrocesso civilizacional, em nome de uma protecção eficaz da concorrência. A Concorrência não pode ser absolutizada<sup>155</sup>. Mais, o facto de as actividades económicas ligadas à livre iniciativa privada não serem absolutamente livres<sup>156</sup>, podendo levar a certos ónus ou obrigações para os operadores económicos e a sujeição a vigilância institucionalizada<sup>157</sup>, não os pode levar a abdicar de uma garantia central como o direito à não auto-incriminação e bem mais antiga do que o mercado regulado. Se seguíssemos essa lógica, iniciar-se ia um caminho em que nenhuma garantia restaria no fim, em prol da eficiência do mercado.

O nosso estudo, visou principalmente o direito contra-ordenacional decorrente das imposições normativas da central política europeia da concorrência. Ainda assim, mesmo sabendo que, hoje, é tão fragmentado, atomizado, complexo e diferenciado o universo das contra-ordenações para que se possa ser tratado levemente um tema de forma transversal ao conjunto<sup>158</sup>, pensamos que algumas das nossas conclusões continuarão válidas para outros subsistemas contra-ordenacionais. Mesmo, no que às pessoas colectivas diz respeito, uma vez que “a radicação direito à não auto-incriminação no domínio dos direitos fundamentais constitucionais dos direitos humanos, de matriz jus-internacional, favorece claramente a sua extensão às pessoas colectivas”<sup>159</sup>.

No fim, resta saber se as instâncias normativas da União e a sua jurisprudência, ou pelo menos os actores nacionais, conseguirão inverter a lógica economicista

155 Assim, Menezes Cordeiro, 2004: 75.

156 Utilizando este argumento, Sousa Mendes, 2010: p. 138; e Bolina, 2010: 427-428.

157 Lobo Moutinho, 2008: 62.

158 Silva Dias, 2010: 238.

159 Machado & Raposo, 2009: 18.

e de eficácia e caminhar firmemente em direcção ao objectivo do Tratado de Amesterdão de “manter e desenvolver a União como um espaço de liberdade, de segurança e de justiça”<sup>160</sup>, consagrando uma verdadeira “Globalização Jurídica Humanista”<sup>161</sup> assente no “alcance simbólico” daquela “triade”<sup>162</sup>, na forma de um completo *fair trial* que não esquece o *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Tudo isto, porque pensamos da mesma forma que o eurodeputado espanhol ESTÉBAN GONZÁLEZ PONS, que numa fenomenal intervenção relativa ao *Brexit*, defendeu que a Europa já não é um mercado, é a vontade de viver juntos, é o Estado de bem-estar com democracia e direitos fundamentais<sup>163</sup>. Pensamo-lo ainda que sempre cientes de que “*a Europa é um desafio – já os Deuses do Olimpo o tinham compreendido. Zeus precisou de utilizar um touro para raptar Europa e subtraí-la depois, com astúcia, à atenção da sua ciumenta esposa Hera. Quem agarra a Europa para si, desafia o destino. A Europa confunde – e não apenas Zeus. A Europa assusta – e não apenas Hera*”<sup>164</sup>.

---

160 Flore, 2014: 37.

161 Costa Ramos, 2006: 126.

162 Rodrigues & Mota, 2002: p. 36.

163 Intervenção essa no Parlamento Europeu, no dia 15 de Março de 2017.

164 Cfr., citando a revista *Strafverteidiger*, Gless, 2011: 396.



## BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, Catarina

2010 “O Dever de Colaboração no Âmbito dos Processos de Contra-Ordenação por Infracção às Regras de Defesa da Concorrência e o Princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, p. 199-233.

ANTUNES, Maria João

2015 *Consequências jurídicas do Crime*, Coimbra Editora.

BOLINA, Helena

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, pp. 293-332.

BRANDÃO, Nuno

2016 *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional*, Coimbra Editora.

BRONZE, Fernando José

2010 *Lições de Introdução ao Direito*, Wolters Kluwer – Coimbra Editora.

COSTA, Joana

2011 “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 32, n.º 128, Outubro-Dezembro, pp. 117-183.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1992 *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora.

2014 “*Nemo Tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 144, n.º 3989, p. 147.

COSTA PINTO, Frederico da

2009 “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito penal secundário”, in IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra Editora.

COSTA RAMOS, Vânia

2006 “*Corpus Iuris 2000* – Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* – Parte I”, *Revista do Ministério Público*, n.º 108, Ano 27, Outubro/Dezembro, p. 125-149.

- 2007 “*Corpus Iuris 2000 – Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte II*”, *Revista do Ministério Público*, n.º 109, Ano 28, pp. 57-96.
- 2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, 2010, pp. 175-198.
- FARIA COSTA, José de
- 1998 “A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um exemplo: a Distinção entre Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, I, Coimbra Editora, pp. 109-143.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora.
- 2011 *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O “fm” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da & COSTA PINTO, Frederico da
- 2009 *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina.
- FLORE, Daniel
- 2014 *Droit Pénal Européen: les Enjeux d’une Justice Pénale Européenne*, Larcier.
- GLESS, Sabine
- 2011 “A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, pp. 395-426.
- GOMES CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, Vital
- 2014 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel
- 2014 *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, 7ª Edição.
- HABERMAS, Jürgen
- 2012 *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70.
- KHANNA, Vikramaditya S.
- 2004 “Corporate Defendants and the Protections of Criminal Procedure: an Economic Analysis”, *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, disponível em [http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=law\\_econ\\_archive&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.pt%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3D](http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=law_econ_archive&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.pt%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3D)

en%26q%3Dcorporate%2Bdefendants%2Band%2Bthe%2Bprotections%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe\_rd%3Dcr%26ei%3DM07aWK7dJILY8geWjo3gBA#search=%22corporate%20defendants%20protections%22

LAMBERIGTS, Stijn

2016 “The Privilege Against Self-Incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 4, pp. 418-438.

LOBO MOUTINHO, José

2008 *Direito das Contra-ordenações: Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora.

LOSCHIN, Lynn

1996 “Comment: A Comparative Law Approach to Corporations and the Privilege Against Self-Incrimination”, *University of California Davis Law Review*, vol. 30, issue 1, pp. 247 e ss., disponível em [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/30/1/comment/DavisVol30No1\\_Loschin.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/30/1/comment/DavisVol30No1_Loschin.pdf).

MACHADO, Jónatas & RAPOSO, Vera

2009 “O Direito à Não Auto-Incriminação e as Pessoas Colectivas Empresariais”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º 8, Jul./Set., pp. 1347.

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”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, pp. 145-174.

MCDONALD, Jan

1993 “No Body To Be Kicked or Soul To Be Damned: Corporate Claims to the Privilege Against Self-Incrimination”, in *Bond Law Review*, vol. 5, issue 2, pp. 179-190.

MENEZES CORDEIRO, António

2004 “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção”, in *O Direito*, Ano 136.º, I, p. 43-76.

OLIVEIRA SILVA, Sandra

2015 *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo: Considerações em torno do Princípio nemo tenetur se ipsum accusare* (tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e em curso de publicação).

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2006 “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas ou Equiparadas”, disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=50879&cida=50919](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=50879&cida=50919).

RAMSAY, Ross

1992 “Corporations and the Privilege Against Self-Incrimination”, in *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 15(1), pp. 297-312.

RODRIGUES, Anabela Miranda

2008 *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da

2002 *Para uma Política Criminal Europeia*, Coimbra Editora.

SÁ, Líliliana da Silva

2008 “O Dever de Cooperação do Contribuinte *versus* o Direito à Não Auto-incriminação”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 107, Ano 27, Julho/Setembro.

SILVA DIAS, Augusto

2010 “O Direito à Não Auto-Inculpação no Âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, pp. 238-265.

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 Editora.

SOUSA MENDES, Paulo de

2010 “As Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência Confrontadas com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, p. 125.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2008 “A Pessoa Colectiva como Sujeito Processual ou a “Descontinuidade” Processual da Responsabilidade Penal”, in *Revista do CEJ*, n.º 8, sem. 1.º, p. 99-166.

WILLIS, Peter

2006 *The privilege against self-incrimination in competition investigations*, University of Oxford Centre for Competition Law and Policy – Guest Lecture Programme, 27 January, disponível em [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp\\_1\\_01-06.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp_1_01-06.pdf).