

DE NOVO O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO EM PROCESSOS DE CONTRAORDENAÇÃO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA CONTRA PESSOAS COLETIVAS

Marta Campos

ABSTRACT *This text focuses on the privilege against self-incrimination in cases of misconduct for anticompetitive practices against legal persons and aims above all to demonstrate that there is no reason to disagree with the EU case law on this matter, specifically in the requests for information, because, despite being restrictive, there are inherent differences in legal persons and the nature of the cases in question, which justify those restrictions.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Elementos diferenciadores. 2.1. Aplicação do direito às pessoas coletivas. 2.2. Contexto de supervisão e regulação subjacente. 2.3. O reconhecimento do direito em processos de contraordenação. 3. O conteúdo do direito. 3.1. O conteúdo do direito à luz da jurisprudência da União Europeia. 3.2. Análise do alcance restritivo da jurisprudência da União Europeia. 3.3. Teste da proporcionalidade. 3.4. Confronto com a jurisprudência do TEDH. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O direito à não autoincriminação, no domínio dos processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas, é uma matéria tratada pela jurisprudência da União Europeia¹ e nos pontos mais

1 Designadamente as seguintes decisões do Tribunal de Justiça (TJ): decisão de 18.10.1989, *Orkem v. Comissão*, P 374/87; decisão de 15.10.2002, *Limburgse e outros v. Comissão*, P C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99, § 273; decisão de 07.01.2004, *Aalborg Portland e outros c. Comissão*, processos C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P e C 219/00 P, § 61 e 65; decisão de 14.07.2005, *ThyssenKrupp c. Comissão*, processos C 65/02 P e C 73/02 P, § 49; decisão de 29.06.2006, *SGL Carbon e outros v. Comissão*, processo C-301/04P; decisão de 25.01.2007, *Dalmine SpA v. Comissão*, processo C-407/04 P, § 34; decisão de 24.09.2009, *Erste Group Bank AG e outros v. Comissão*, processos C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, § 271. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Primeira Instância (TPI) no aresto de 08.03.1995, *Société Générale v. Comissão*, processo T-34/93, § 72 ss.; na decisão de 20.02.2001,

dilemáticos que esta tipologia de casos suscita. Adicionalmente, a jurisprudência da UE já foi adotada entre nós² e inclusive validada pelo Tribunal Constitucional (TC) no acórdão n.º 461/2011. Por conseguinte, há fortísimos argumentos de autoridade sobre o tema.

Apesar disso, esta questão ainda é bastante debatida e o propósito deste texto consiste em perceber, numa análise abrangente, se a jurisprudência da UE consubstancia, nos dias de hoje, um “recuo civilizacional”, ou seja, se em nome de argumentos vazios, forçados, não sustentados no plano empírico, convenientes ou profundamente desequilibrados, estamos, na verdade, a entrar em tempos de pensamento semelhantes aos “tempos obscuros em que a eficácia justificava métodos como a tortura”, mas agora sob a forma de uma “tortura administrativa e económica”³. Ou se, em contrapartida, estamos perante exigências de um direito mais sofisticado e complexo, que, para além do paradigma clássico e de origem do direito à não autoincriminação (o processo criminal contra pessoas singulares), se estendeu, com contornos diferentes, a outras parcelas da vida e reclama uma resposta diferenciada⁴.

Para se alcançar uma resposta, a análise do problema terá de passar, em primeiro lugar, pelos elementos diferenciadores da tipologia de casos em análise e que são os seguintes: a aplicação do direito às pessoas coletivas; o contexto de regulação e supervisão subjacente; e o reconhecimento do direito em processos de contraordenação. Em segundo lugar, será necessário entrar no conteúdo do direito à luz da jurisprudência da UE, perceber em que medida é restritivo, sujeitá-lo ao teste da proporcionalidade e confrontá-lo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Percorrido este percurso e sem prejuízo de se optar por não resolver todas as questões que o tema implica, estaremos em condições de concluir se a jurisprudência da UE é ou não de manter, pelo menos, em relação aos pedidos de informações.

Mannesmannröhren-Werke AG v. Comissão, processo T 112/98, § 63 a 67; e na decisão de 29.04.2004, *SGL Carbon e outros v. Comissão*, processos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01.

2 Cf. sobre a jurisprudência nacional do Tribunal do Comércio de Lisboa e do Tribunal da Relação de Lisboa: Mendes, 2010: 139-142; Ramos, 2010: 180; e Anastácio, 2010: 222; Alfafar, 2012: 345. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) também já se pronunciou sobre o tema nas decisões proferidas no processo n.º 228/18.7YUSTR (cuja fundamentação é muito próxima à do presente texto) e no processo 71/18.3YUSTR, apensos B, F e I.

3 Todas as citações do parágrafo – Andrade, 2017: 207.

4 Vânia Costa Ramos fala num “direito moderno” in Ramos, 2007: 89.

2. ELEMENTOS DIFERENCIADORES

2.1. Aplicação do direito às pessoas coletivas

O direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio são reconhecidos, direta ou indiretamente, por vários instrumentos internacionais. É o caso do *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP)* de 19 de dezembro de 1966, no artigo 14.º, n.º 3, alínea g), da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (CEDH), de acordo com a interpretação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que tem reconduzido os direitos em análise ao princípio do processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1, do diploma, e da *Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho*, que impõe aos Estados-membros o reconhecimento do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação (cf. artigo 7.º).

No plano nacional, há referências expressas ao direito em algumas Constituições, como a Constituição Norte-americana (V Emenda)⁵. Não é o caso da Constituição Portuguesa. Contudo, há um consenso firme na doutrina no sentido de que se trata de “um princípio constitucional não escrito”⁶.

Os dados precedentes permitem concluir, sem receio de erro, que existe um reconhecimento incontestado, a nível internacional e nacional, do direito à autoincriminação e do direito ao silêncio, enquanto direitos ou garantias fundamentais. Contudo, apenas é assim naquele que se pode definir como o contexto clássico de afirmação do direito, caracterizado por duas notas essenciais: a invocação do direito por uma pessoa singular e num processo de natureza criminal.

Efetivamente, o PIDCP dirige-se às pessoas singulares e visa apenas as pessoas acusadas de uma infração penal no âmbito de um processo judicial⁷. Também a Diretiva restringe o seu âmbito de aplicação às pessoas singulares e, para além disso, apenas àquelas que são suspeitas da prática de um ilícito penal ou que foram constituídas arguidas em processo penal – cf. artigo 2.º da Diretiva. Por sua vez, o TEDH ainda não se pronunciou até ao momento sobre a aplicação deste específico direito às “*organizações não governamentais*” a que alude o artigo 34.º da Convenção. É certo que já reconheceu várias garantias fundamentais a pessoas coletivas, como o direito a ser julgado

5 Outras Constituições que preveem a prerrogativa são: a Constituição brasileira; a Constituição espanhola; a Constituição da Índia; a Constituição do Canadá, etc. – Oliveira e Silva, 2018: 35, nota 21.

6 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 35, nota 21. Também Dias & Ramos, 2009: 14-15.

7 Cf. acórdão do TJ *Orkem* § 31.

por um tribunal independente e imparcial, o direito a uma audiência oral e pública, o direito à igualdade de armas e o direito a ser julgado em prazo razoável⁸, entre outros. Contudo, nunca abordou o tema do direito à não autoincriminação a propósito das pessoas jurídicas e, para além disso, também nunca declarou a aplicação em geral ou *in totum* do artigo 6.º em relação às pessoas coletivas⁹.

Adicionalmente, se, por um lado, há países que reconhecem o direito às pessoas coletivas, como o Reino Unido¹⁰, por outro lado, existem vários

8 Cf. Basualto, 2015: 221.

9 *Idem*, p. 222.

10 No Reino Unido, o ponto de afirmação do direito foi a sentença proferida pelo *High Court (King's Bench Division)*, no ano de 1939, no caso "*Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass Ltd*" – cf. Loschin, 1997: 260-261, e Andrade, 2017: 203. Também no universo dos sistemas continentais, encontram-se ordenamentos jurídicos que contêm, nas suas legislações, normas que, com mais ou menos amplitude, reconhecem, pelo menos, parcelas do direito à não autoincriminação, diretamente ou por intermédio do representante legal. É o caso da Suíça, da Áustria, da Espanha e da Itália. Na Suíça, o Código de Processo Penal (com vigência nacional para todos os Cantões) prevê a figura da "pessoa chamada a dar informações" ("*Auskunftsperson*", "*personne appelées à donner des renseignements*"), que é uma categoria própria do direito suíço e inclui pessoas que apesar de disporem de informações sobre os factos, exibem um défice de credibilidade (por serem menores de idade, por terem uma anomalia psíquica ou uma situação objetiva de conflito). Estas pessoas não são obrigadas a prestar declarações e se o fizerem devem fazê-lo nos mesmos termos do imputado. Também não estão obrigadas a entregar objetos, não podendo ser compelidos a fazê-lo. A lei estende esta qualidade aos empregados da pessoa coletiva e ao seu representante, havendo quem conclua que, desta forma, se garante um "formidável escudo" frente às indagações dirigidas contra a pessoa jurídica, inexistente a respeito das pessoas naturais. Para além disso, o CPP Suíço também consagra um direito próprio da pessoa coletiva imputada a recusar a entrega de documentos ou objetos que a possam incriminar – cf. Basualto, 2015: 251, nota 85. Na Áustria, o § 17 da Lei da Responsabilidade das Associações (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz: VbVG*) de 2005, preceitua que o sujeito com poder de decisão na associação ("*Entscheidungssträger*", conceito definido no § 2 VbVG, que abarca representantes, sujeitos com poder de decisão e direção e outros que exerçam influência decisiva na direção) deve ser interrogado na qualidade de imputado, assim como deve ser advertido do seu direito ao silêncio. A respeito de objetos relevantes, as regras gerais do Código de Processo Penal (StPO, aplicáveis subsidiariamente conforme o § 14 I VbVG.) obrigam qualquer pessoa que os tenha em seu poder a entregá-los, o que não se aplica contra quem é suspeito de ter cometido um crime, nem contra quem não está obrigado a prestar declarações, situação em que se encontra o sujeito com poder de decisão conforme o citado § 17 VbVG – cf. Basualto, 2015: 251-252, nota 86. Na Espanha, esta matéria está prevista nos artigos 409 bis e 786 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECr.). A primeira norma prevê que, na investigação de um crime que está a ser imputado a uma pessoa coletiva, se tomem declarações ao representante especialmente designado, sendo aplicáveis as regras previstas para as declarações do imputado em tudo o que não seja incompatível com a sua natureza, incluindo os direitos ao silêncio, a não declarar contra si mesmo e a não confessar-se culpado. A segunda norma, que repete no essencial o teor da primeira para a fase do julgamento, contém, no entanto, um segmento final, que parece restringir consideravelmente o alcance da primeira parte e que tem dado azo a discussão doutrinal, e que consiste no facto de não permitir que seja designado como representante a quem haverá de prestar depoimento como testemunha – cf. Basualto, 2015: 252-254. No caso da Itália, o artigo 44.1 b) do Decreto Legislativo N° 231/2001, sobre responsabilidade das pessoas coletivas pelo crime, preceitua que, para além da pessoa natural acusado do crime que há origem à responsabilidade da pessoa coletiva, tão pouco pode ser testemunha a pessoa que representa aquela de acordo com a declaração formal que deve efetuar perante

ordenamentos jurídicos nacionais que rejeitam a aplicação da prerrogativa às pessoas jurídicas, como é o caso dos EUA¹¹, do Canadá, da Austrália e da Alemanha¹² e mesmo, entre nós e no plano da doutrina, a questão não é pacífica¹³.

Neste contexto internacional de afirmação hesitante, descontínua e controvertida do direito à não autoincriminação e do direito ao silêncio às pessoas coletivas, a jurisprudência da UE surge como emblemática. Efetivamente, em 1989, o TJ, no caso *Orkem v. Comissão*¹⁴, que versava sobre práticas restritivas da concorrência, perfeitamente ciente do facto do direito estar a ser reclamado por uma pessoa coletiva e da dimensão problemática desta particularidade, conforme resulta inequivocamente do parágrafo 29 da decisão, reconheceu que *a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração cuja prova cabe à Comissão* (§ 35).

Pese embora este postulado seja consideravelmente mais limitado do que a sua leitura isolada e breve poderá sugerir, conforme se esclarecerá *infra*, a verdade é que não deixa de ser a expressão do reconhecimento, em certa medida, do direito à não autoincriminação a uma pessoa coletiva, tendo sido reafirmado posteriormente em vários arestos quer do TJ, quer do TPI¹⁵. Conclui-se, assim, enquanto primeiro vetor de decisão fornecido pelos órgãos jurisdicionais da UE, que as pessoas jurídicas também são titulares da prerrogativa. E trata-se de uma jurisprudência à qual se deve aderir, pois os argumentos em sentido contrário não são convincentes. Vejamos porquê.

a autoridade para estes efeitos, mas desde que essa pessoa exercesse tais funções também no momento da prática do crime – cf. Basualto, 2015: 254-257.

11 Nos EUA, a não aplicação do *privilege against self-incrimination* às pessoas coletivas foi afirmada por uma decisão proferida, em 1906, pelo Supremo Tribunal Federal no caso *Hale v. Henkel*, foi reafirmada posteriormente por outros arestos, nomeadamente nos casos *Murphy v. Waterfront Commission*, de 1964 (cf. Oliveira e Silva, 2018: 251), e no caso *United States v. White* - 322 U.S. 694 (1944) – cf. Basualto, 2015: 225-226. Sobre esta jurisprudência veja-se ainda Andrade, 2017: 203. A este entendimento é atribuída a designação de “*Collective Entity Doctrine*”, também conhecida como “*Entity Exception*”.

12 Basualto, 2015: 231 a 235. Quanto à Alemanha, a questão foi resolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, numa decisão de 26.01.1997 – BVerfGE 95, 220 de 1997 – cf. Oliveira e Silva, 2018: 51, nota 71 e Basualto, 2015: 223.

13 Em sentido afirmativo: Dias & Ramos, 2009: 42; Pinto, 2009: 97; Mendes, 2010: 137; Ramos, 2010: 179; Andrade, 2017: 202-208. Sem certezas: Oliveira e Silva, 2018: 50-51 e notas 70 e 71.

14 Cf. nota 1.

15 Cf. nota 1.

Numa linha de considerações de natureza prática, argumenta-se com as consequências para a perseguição das pessoas jurídicas decorrentes do reconhecimento do direito, uma vez que a deteção e comprovação das infrações depende, muitas vezes, de informação que apenas pode ser fornecida pelas próprias organizações¹⁶. Este argumento tem a sua pertinência, mas não é decisivo, pois deve ter lugar no final do percurso, não no início, na medida em que, por um lado, é completamente alheio aos fundamentos do direito, que devem ser o ponto de partida de análise, e, por outro lado, pode ser compatível com a restrição do direito.

Já numa lógica mais conceptual ou material, identificam-se, no essencial, dois argumentos. Um desses argumentos estriba-se na natureza pessoalíssima do privilégio, que o torna insuscetível de ser exercido através de representantes, uma vez que “está desenhado para proteger direitos e interesses conotáveis com a personalidade humana – p. ex. a proscrição de métodos «desumanos» de compulsão, o respeito pela «inviolabilidade da pessoa» e pelo «direito individual a um reduto inviolável de privacidade» (*Murphy v. Waterfront Commission* (1964)) –, direitos estes que dificilmente podem ser transpostos para as pessoas morais, verdadeiras ficções jurídicas”¹⁷.

Esta argumentação tem sido afirmada pela jurisprudência norte-americana e encontra-se também na decisão do Tribunal Constitucional alemão, de 26.01.1997¹⁸, uma linha de pensamento similar, ao negar a aplicação do direito às pessoas coletivas por ter entendido que o direito se ancora na dignidade da pessoa humana e no direito geral de personalidade e que estes direitos devem pertencer em exclusivo às pessoas naturais¹⁹.

O argumento indicado está relacionado com a questão essencial dos fundamentos do direito. E, neste domínio, há efetivamente doutrina que invoca *fundamentos de natureza substantiva*, designadamente direitos fundamentais como o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito ao bom nome e reputação, o direito à integridade pessoal e também a própria dignidade da pessoa humana²⁰. Nem todos têm potencial de afirmação da prerrogativa, como a reserva da

16 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 251-252, nota 541, que cita a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no caso *Hale v. Henkel*, a propósito deste argumento.

17 Oliveira e Silva, 2018: 251.

18 BVerfGE 95, 220 de 1997 – cf. Oliveira e Silva, 2018: 51, nota 71, e Basualto, 2015: 223.

19 Oliveira e Silva, 2018: 51, nota 71.

20 Cf. Dias & Ramos, 2009: 15, e Oliveira e Silva, 2018: 155-198.

intimidade da vida privada e o direito ao bom nome e reputação. Contudo, já não se pode ser tão perentório quanto aos demais, entre outras razões, devido às novas técnicas de “leitura da mente”, propostas pelas neurociências²¹. Estes direitos que sobram, em particular o étimo fundamental em que se traduz a dignidade da pessoa humana, são inconciliáveis com a natureza jurídica das pessoas coletivas, não se verificando o requisito de compatibilidade exigido pelo artigo 12.º, n.º 2, da Constituição.

No entanto, o direito à não autoincriminação também se sustenta – e sustenta-se sobretudo – em *fundamentos processuais*. Veja-se, por exemplo, que o Tribunal Constitucional considera que o direito à não autoincriminação “*encontra o seu fundamento jurídico-constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo*” e relacionando-o apenas “*de forma mediata ou reflexa, com os direitos fundamentais de matriz mais substantiva*”²².

Neste plano das garantias processuais, pese embora não haja consenso quanto ao concreto fundamento, designadamente se a estrutura acusatória do processo e o princípio do contraditório, se o direito ao processo equitativo, se o direito de defesa ou se a presunção de inocência, qualquer um, à partida, é compatível, pela sua natureza, com as pessoas coletivas.

Outro dos argumentos consiste na circunstância de, ao contrário das pessoas naturais, que têm uma existência independente do Estado, a pessoa jurídica ser uma criação do Estado que recebe poderes que vão apenas até onde a lei permite, resultando daqui o direito do Estado de investigar o exercício desses poderes²³. Trata-se da ideia das pessoas coletivas como “ficções ou criaturas do Estado” e, enquanto tal, sujeitas ao «direito reservado» dos poderes públicos de fiscalizar a sua atuação e evitar que «excedam os seus poderes»²⁴.

Este argumento suscita dois problemas. O primeiro, mais profundo e de alcance geral, traduz-se no facto dessa visão das pessoas coletivas não levar em conta que as mesmas dão corpo a uma manifestação da liberdade individual. Por conseguinte, pese embora não se vá tão longe quanto Tiago da Costa Andrade, no sentido de que “uma recusa do direito para a pessoa coletiva seria sempre uma recusa para quem a usa”²⁵, acompanha-se o autor quando

21 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 803-820, e Bravo, 2018: 60.

22 Acórdãos do TC n.º 695/95, n.º 461/2011 e n.º 340/2013.

23 Basualto, 2015: 225.

24 Oliveira e Silva, 2018: 251.

25 Andrade, 2017: 206.

afirma que a personalidade jurídica coletiva “existe funcionalmente em nome do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”²⁶. Dito ainda de outra forma: a personalidade coletiva é diferente da pessoa singular que lhe dá vida, sob pena de uma insustentável desconsideração permanente da primeira e sobretudo porque há uma dimensão sensitiva primária nas pessoas singulares que não existe nas pessoas coletivas e cujo reflexo mediato naquelas é mais limitado do que quando estão em causa diretamente pessoas humanas; contudo, as pessoas coletivas não são uma criação arbitrária do Estado, que legitime uma total transparência e apropriação.

O segundo problema é de âmbito mais específico, diretamente relacionado com o direito à não autoincriminação, e é, no fundo, a repetição de uma ideia essencial já afirmada: a de que a prerrogativa em causa e a sua aplicação ou não às pessoas coletivas resolve-se, em primeira linha, através dos fundamentos do direito.

Por fim, alude-se ao fundamento do “cruel dilema” ou “trilema” em que se encontra o indivíduo que tem de decidir entre colaborar com a sua condenação, mentir ou incorrer em desobediência, dilema este que historicamente está subjacente ao direito à não autoincriminação e que não existe numa construção jurídica como é a pessoa coletiva²⁷. Este argumento também não é decisivo porque não afasta aqueles outros de natureza processual que acima se referiram.

Analizados os argumentos sobre o tema impõem-se duas conclusões finais. Em primeiro lugar, apesar de ser de aceitar, sem hesitação, que não há razões para afastar a prerrogativa em relação às pessoas coletivas, a posição negacionista não é propriamente um resquício de visões medievais ou anacrónicas, resistentes em reconhecer direitos e/ou garantias fundamentais, sendo sobretudo uma expressão da natureza não imediatamente humana – no sentido bio-psíquico – das pessoas coletivas. Conforme afirmou Vânia Costa Ramos: “A protecção do direito penal criada em função da qualidade de ser humano do arguido faz menos sentido quando o arguido mais não é que uma entidade fictícia, uma pessoa jurídica”²⁸.

Em segundo lugar, é necessário reter duas ideias que mais à frente terão o seu préstimo: a primeira consiste no facto do conteúdo do direito, nas pessoas

26 *Idem*.

27 Este argumento relativo ao “cruel dilema” foi avançado pelo Supremo Tribunal Federal no caso *United States v. White* - 322 U.S. 694 (1944) – cf. Basualto, 2015: 225-226.

28 Ramos, 2007: 93.

coletivas, poder ser afetado, desde logo, pela circunstância de apenas poderem ser levados em consideração fundamentos de natureza processual; a segunda traduz-se no facto dos argumentos analisados, pese embora não serem suscetíveis de excluir a prerrogativa em relação às pessoas coletivas, poderem ter impacto no seu conteúdo, restringindo-o. Neste domínio tenha-se em particular conta a circunstância da deteção e comprovação das infrações depender, muitas vezes, de informação que apenas pode ser fornecida pelas próprias organizações.

2.2. Contexto de supervisão e regulação subjacente

A par dos argumentos analisados no ponto precedente, surge, por vezes, um argumento adicional contra a aplicação do direito às pessoas jurídicas que diz respeito ao domínio da supervisão e regulação económica, tendo subjacente o “amplo poder regulatório” que incide sobre as pessoas coletivas e a conclusão última de que a fiscalização e a supervisão efetivas supõem “a imposição às entidades reguladas de deveres de colaboração ativa (como entrega de documentos autoincriminatórios) e, nessa medida, importam a exclusão da garantia contra a autoincriminação”²⁹.

Este argumento não é exclusivo das pessoas coletivas, pois as pessoas singulares podem exercer atividades económicas em nome próprio. Razão pela qual se optou por analisar esta problemática da regulação e supervisão autonomamente.

Na base desta argumentação está uma linha de pensamento, que as seguintes palavras de Paulo Sousa Mendes exprimem com clareza: “[s]e partirmos do princípio de que as atividades económicas ligadas ao exercício do direito de iniciativa privada (art. 61.º CRP) não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de proteção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular, bem se compreende que o legislador possa exigir, da parte dos particulares que queiram desenvolver tais actividades, a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte dos Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos”³⁰.

Não há qualquer dúvida – existindo inclusive um consenso geral nesse sentido – de que esta ordem de considerações e outras conexas são suficientes

29 Oliveira e Silva, 2018: 251.

30 Mendes, 2010: 138.

para justificar restrições à *liberdade geral de ação* dos agentes económicos, impondo-lhes deveres de colaboração necessários para o exercício da supervisão e da regulação³¹.

Contudo, o exercício de poderes de supervisão e regulação não têm de desembocar sempre e em todos os casos no exercício dos poderes sancionatórios. Veja-se, por exemplo, que a AdC pode emitir recomendações – cf. artigo 62.º, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC) – e não está sujeita ao princípio da legalidade, na vertente da promoção do processo contraordenacional sempre que tenha conhecimento de factos suscetíveis de integrar, em abstrato, uma prática restritiva da concorrência – cf. artigos 7.º e 8.º, ambos do NRJC.

Mas, mais importante do que isso: o exercício de poderes sancionatórios pressupõe um ambiente próprio, regras específicas, pelo que aquilo que pode ser bastante para justificar as referidas restrições à liberdade geral de ação dos agentes económicos no exercício de poderes de supervisão e regulação pode não ser suficiente para o processo de contraordenação, porque há que entrar em consideração com as especificidades deste processo sancionatório e, nessa medida, com os fundamentos do direito à não autoincriminação.

Repare-se: até pode ser que, no final, se chegue à conclusão de que o universo próprio da supervisão e regulação económica justifica e legitima a desconsideração dessas regras específicas, mas é no final, depois de se ponderar o porquê de num processo sancionatório valer, em regra, o direito à não autoincriminação e com um determinado conteúdo. Só assim é possível compreender exatamente de que é que se está a abdicar ou renunciar e se isso é necessário, adequado e equilibrado em nome de outros interesses.

Nesta medida, compreende-se de certa forma a proposta de conciliação apresentada por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos sobre esta temática, no sentido de uma separação efetiva dos processos, o de supervisão face ao de contraordenação³². Este entendimento tem a virtude de mostrar uma consideração de base quanto ao facto de estarmos perante enquadramentos e contextos jurídicos diferentes. Contudo, conforme resulta das asserções expostas no parágrafo precedente, já não se concorda com a absoluta cisão entre os dois universos, reveladora de que as especificidades da supervisão e

31 Cf. neste sentido, Dias & Ramos, 2009: 42; e Brandão, 2017: 98 Especificamente sobre a liberdade geral de ação no contexto da entrega de documentos para fins fiscais por parte de pessoas singulares veja-se Andrade, 2014: 402-403, 415.

32 Dias & Ramos, 2009: 74-76.

regulação não são simplesmente ponderadas em nenhum momento da análise. Ou seja, o percurso metódico a empreender deve ser, na perspectiva que aqui se assume, o seguinte: em primeiro lugar, determinar os fundamentos do direito à não autoincriminação e, em função dos mesmos, o seu conteúdo; e, em segundo lugar, contrapor, se necessário, as especificidades da supervisão e da regulação.

E quais são essas especificidades? Aqui há que considerar o seguinte: no domínio da supervisão e regulação económicas há formas e espaços de intervenção diferentes. Há, desde logo, uma distinção entre *regulação do tipo setorial* e uma *regulação do tipo transversal*³³ e chega a ser mesmo questionável que a AdC, pese embora seja uma entidade de supervisão, se possa enquadrar no conceito da regulação económica, pelo menos, num sentido mais estrito, mas, em qualquer caso, não é comparável à missão dos reguladores setoriais.

Veja-se que a regulação económica setorial se caracteriza, entre o mais, por regulamentação abundante, dirigida a um universo de destinatários específicos que, em regra, têm de cumprir determinados requisitos para acederem ao exercício da atividade³⁴ e de uma forma que pode ser muito intensa. Isto significa que as conclusões que sobre esta matéria se podem alcançar no domínio das práticas restritivas da concorrência podem não ser exatamente as mesmas que se atingem na regulação económica setorial e vice-versa³⁵. E não se pense que a introdução deste tipo de diferenciações é artificial e só gera complexidade desnecessária e, nessa medida, destruturante. Sem prejuízo de se poder chegar a um certo caos decorrente de discriminações/diferenciações cada vez mais finas (se bem que este cenário apresenta uma maior probabilidade de acontecer devido à falta de rigor e precisão nas diferenciações), até esse ponto ainda haverá certamente muitas distinções úteis que poderão ser empreendidas e que garantirão decisões mais justas, porque mais adequadas ao substrato real que é sujeito a julgamento.

No caso da atividade exercida pela AdC, a especificidade relevante a considerar é a preservação da *capacidade funcional* de que fala Nuno Brandão. Atentemos nas suas palavras: “De suma importância é ainda a necessidade de garantir a *capacidade funcional* da administração para levar a cabo eficientemente as suas funções de realização da justiça e de supervisão. Como é por todos reconhecido, exigir da administração que envidasse sozinha todos

33 Cf. Brandão, 2017: 97-99; e Moura e Silva, 2018: 290-297.

34 Cf. sobre as especificidades da regulação económica do setor financeiro, Bolina, 2012: 397-400.

35 Sandra Oliveira e Silva adverte para estas diferenciações – Oliveira e Silva, 2018: 840.

os esforços necessários ao cumprimento cabal dessas funções seria votá-las antecipadamente ao fracasso. É esta mesma racionalidade que contribui para dar sustentação material à conformidade constitucional da exigência legal de colaboração com a administração através da entrega de documentos tidos como necessários para o exercício de poderes de processamento contra-ordenacional e/ou supervisão. A pretensão de fazer aqui prevalecer o princípio da proibição da auto-incriminação, acompanhada de uma exigência de recursos aos meios coactivos postos ao dispor das autoridades administrativas (v. g. buscas e apreensões) para ultrapassar uma recusa de colaboração fundada no privilégio contra a auto-inculpação, implicaria um risco sério de paralisação ou pelo menos de comprometimento de um exercício minimamente eficaz das funções de realização da justiça e da supervisão”³⁶.

Esta é a particularidade decorrente do fator de diferenciação consubstanciado no contexto de supervisão e regulação subjacente a esta tipologia de casos, aplicado à AdC.

2.3. O reconhecimento do direito em processos de contraordenação

O terceiro ponto diferenciador da tipologia de casos em análise consiste no reconhecimento do direito à autoincriminação e do direito ao silêncio no direito contraordenacional, em geral, e nos processos por práticas restritivas da concorrência, em particular. Neste plano, há um consenso generalizado, colhendo-se fortes argumentos de autoridade em sentido afirmativo.

Em primeiro lugar e mais uma vez, a jurisprudência da UE reconheceu estes direitos, nos termos já reproduzidos, em processos sancionatórios por infrações ao direito europeu da concorrência. É verdade que estes processos têm natureza administrativa, enquanto que a matriz do nosso processo de contraordenação o aproxima mais do direito processual penal, que foi eleito como diploma de aplicação subsidiária (cf. artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações – RGCO – *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, do NRJC). Contudo, um argumento de maioria de razão é suficiente para tornar extensiva a jurisprudência da União ao nosso direito das contraordenações, pois se a prerrogativa é reconhecida em processos administrativos de natureza sancionatória então mais razões há para a aplicar em processos de natureza para-penal.

Em segundo lugar, a jurisprudência do TEDH também já solucionou a questão na parte relativa à aplicação de garantias fundamentais do processo

³⁶ Brandão, 2016: 804-805.

criminal a processos contraordenacionais, num primeiro momento por via da definição, no acórdão *Engels*, dos critérios materiais que permitem identificar uma “acusação em matéria penal” para efeitos de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, e que são: a classificação dada pelo direito nacional; a natureza da infração, de caráter geral e com um fim punitivo e preventivo, por contraposição a um fim compensatório; e a natureza e severidade da punição. Num segundo momento, o TEDH esclareceu que o segundo e terceiro critérios são alternativos – cf. acórdão *Lutz*. E, por fim, aplicou os referidos critérios às contraordenações (*Ordnungswidrigkeiten*) no acórdão *Öztürk*³⁷ e a práticas restritivas da concorrência no acórdão *Menarini*³⁸.

Em terceiro lugar, o nosso Tribunal Constitucional também já reconheceu expressamente, no citado acórdão n.º 461/2011, o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência (que era o caso), tendo afirmado, em termos gerais, que o “*direito à não auto-incriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público*”.

Não há razões para divergir deste consenso, pois, tal com sustenta Cristina Líbano Monteiro, “seja como for que se entenda a diferença entre direito penal e direito de mera ordenação social, o certo é que, na materialidade das coisas, ambos pertencem a uma unidade mais ampla a que pode chamar-se direito sancionatório ou punitivo”³⁹. E pertencem a uma mesma unidade, porque visam um propósito idêntico que é, conforme refere a mesma autora, “procurar garantir, através de normas de comportamento, de normas de determinação, a salvaguarda – ao menos prospetiva – dos bens jurídicos necessários a um sofrível viver comunitário”⁴⁰. Este propósito comum é razão suficiente para se assumir, à partida, que partilham as mesmas garantias. Por conseguinte, a aplicação das garantias criminais ao ilícito de mera ordenação social não requer uma justificação positiva, o seu afastamento é que exige uma justificação, ou seja, não é um *porque sim*, mas um *porque* não e, quanto ao direito à não autoincriminação, não há um *porque* não. Por conseguinte, o reconhecimento do direito no domínio dos processos de contraordenação por

37 Cf. Ramos, 2010: 189-190.

38 Acórdão de 27 de setembro de 2011.

39 Monteiro, 2018: 97-98.

40 Monteiro, 2018: 98.

práticas restritivas da concorrência surge por via da aplicação do artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do CPP, *ex vi - ex vi*.

Contudo, algumas considerações já tecidas permitem antever que não obstante a aceitação de que o direito se aplica aos processos de contraordenação, não será nos mesmos e exatos termos que se verifica no processo criminal. Uma intuição neste sentido colhe-se da génese do direito ou do já referido contexto clássico de afirmação, pois, tal como salienta Manuel da Costa Andrade, “foi o processo penal que ofereceu o terreno originário de emergência e decantação ao *nemo tenetur*. Cujas trajetória, ao longo da qual se foi afirmando e conformando, persistiu sempre indissociavelmente associada ao processo penal”⁴¹. Por conseguinte, “nada à partida parece impor que ele tenha de valer aí [no ilícito de mera ordenação social] exactamente nos mesmos termos e com a mesma extensão com que continua a fazer curso no processo penal”.

Outra intuição retira-se da constatação de que a natureza do processo, em função dos seus fins e consequências e na necessária interconexão com as normas substantivas que por via do mesmo se realizam, interfere com o conteúdo do direito. E uma evidência disso reside na circunstância de ser hoje consensual na doutrina que o *nemo tenetur* não se aplica a outros procedimentos que não de tipo sancionatório⁴². As soluções positivadas dão sustento a esta posição, pois, por exemplo, no processo civil as partes estão obrigadas a deveres de declaração e verdade – cf. artigos 452.º e 459.º, ambos do Código de Processo Civil (CPC)⁴³. Contudo, quanto a estes processos as diferenças são radicais, entre a afirmação e a negação da prorrogativa. No que respeita ao processo de contraordenação trata-se de uma questão de grau ou de extensão do direito, entre o mais e o menos.

A existência de diferenças na extensão das garantias processuais criminais no domínio do ilícito de mera ordenação social tem sido recorrentemente afirmada pelo TC, quer em geral, quer em relação especificamente ao direito à não autoincriminação. No acórdão n.º 461/2011, o TC reiterou este entendimento, sustentando que o conteúdo do direito à não autoincriminação é “*diferenciado, consoante o domínio do direito punitivo em que se situe a sua aplicação*” e que “*no âmbito contra-ordenacional – dada a diferente natureza do ilícito de mera ordenação e a sua menor ressonância ética, comparativamente com*

41 Andrade, 2014: 387.

42 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 199.

43 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 200.

o ilícito criminal – o peso do regime garantístico é menor”. Foram apresentados dois critérios para justificar essa diferença. Em primeiro lugar, o critério mais tradicional (por ser mais recorrente na jurisprudência do TC) do desvalor ético-social do facto. Em segundo lugar, apresentaram-se critérios quantitativos, relacionados com a gravidade da infração, com a culpa e com as sanções, rematando-se com a seguinte asserção: a opção legislativa pelo ilícito de mera ordenação social “*determinando uma menor potencialidade lesiva da reacção estadual à infração, legítima uma compreensão do estatuto garantístico da defesa menos exigente do que aquele que caracteriza o domínio criminal*”.

É este último critério aquele se considera mais relevante, na linha da tese sustentada por Nuno Brandão e em sintonia com o pensamento de Cid Moliné⁴⁴. A ideia base é a seguinte: no direito penal, por via da aplicação de penas privativas da liberdade, pode estar em jogo a vida de uma pessoa ou a “afetação radical dos planos de vida do indivíduo”⁴⁵, pelo que a condenação de um inocente tem custos individuais e sociais (estes em termos de insegurança) muito elevados e, nessa medida, é necessário “reduzir ao mínimo a possibilidade de que o inocente seja punido”⁴⁶. O recurso às garantias postuladas pelo pensamento iluminista-liberal destina-se a cumprir este objetivo⁴⁷. Já no direito das contraordenações não se joga a vida das pessoas, porque é “constitucional e legalmente concebido como um ordenamento sancionatório não privativo de liberdade”⁴⁸. Daí que seja mais aceitável uma diminuição dessas garantias.

É claro que no caso das pessoas coletivas esta abordagem requer considerações adicionais, pois não está no seu horizonte a aplicação de sanções privativas de liberdade e a coima não é muito diferente – nem em termos práticos, nem quanto à substância jurídica – da pena de multa. Contudo, considera-se que, ainda assim, existem, ao nível das consequências, diferenças importantes. Em primeiro lugar, a reforma do Código Penal de 2007, por via da Lei n.º 59/2007, de 04.09, introduziu algumas diferenças essenciais quanto às sanções, ao prever a pena de dissolução como pena principal para as pessoas coletivas – cf. artigo 90.º-A, n.º 1 e artigo 90.º-F, ambos do Código Penal – e ao consagrar a vigilância judiciária como uma

44 Cf. Moliné, 1996: 131-172.

45 Brandão, 2016: 878; e Moliné, 1996: 144.

46 Brandão, 2016: 878.

47 *Idem*.

48 Brandão, 2016: 941-942.

pena de substituição das penas de multa não superiores a 600 dias (cf. artigo 90.º-E, do Código Penal). Em segundo lugar, há que levar em conta também “o forte simbolismo que ainda caracteriza a punição penal e o muito maior estigma social de um processo penal”⁴⁹, que, note-se, também é importante para as pessoas coletivas, para quem, muitas vezes, a reputação e a imagem são valores com expressão económico-financeira elevada. Em terceiro lugar, poder-se-á ainda sustentar, com Nuno Brandão, que “as sanções aplicáveis às pessoas coletivas enquanto sanções não privativas da liberdade por factos penalmente relevantes não reclamariam por si sós uma aplicação dos princípios e garantias da constituição penal que para esses mesmos factos são exigíveis quando esteja em causa uma responsabilidade individual suscetível de conduzir a uma privação da liberdade”⁵⁰.

É certo que as coimas podem ascender a muitos milhões. Mas serão sempre muitos milhões para empresas que ganham muito mais, ou seja, estaremos sempre a tratar de valores relativos e que nunca poderão ultrapassar uma medida aferida em função da capacidade de produção de rendimento de uma empresa e que se destina a impedir justamente que a sanção tenha efeitos contraproducentes, conduzindo à eliminação de um concorrente.

3. O CONTEÚDO DO DIREITO

3.1. O conteúdo do direito à luz da jurisprudência da União Europeia

Analisemos, agora, o conteúdo do direito, que é, sem dúvida, a matéria mais problemática, desde logo, em geral, ou seja, mesmo no paradigma clássico com as duas notas características já referidas – pessoa singular e processo criminal. No processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência acresce a particularidade da própria lei prever um dever de colaboração do visado, por via da entrega de documentos e elementos de informação que a AdC entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos e sob pena de incorrer na prática de uma contraordenação – cf. artigos 18.º, n.º 1, alínea a), 15.º e 68.º, n.º 1, alínea h), todos do NRJC. Por conseguinte, a discussão acerca do conteúdo do direito passa pela sua articulação com este dever e pela recíproca delimitação dos respetivos âmbitos de aplicação.

49 Brandão, 2007: 87.

50 Brandão, 2016: 861.

Sobre esta questão, a resposta dada pela jurisprudência da UE, na decisão pioneira do caso *Orkem* partiu do reconhecimento, por um lado, de uma obrigação de colaboração ativa com a Comissão, necessária para salvaguardar o efeito útil do poder de investigação que lhe é conferido, prevista em normas de direito europeu⁵¹ similares àquelas que estão em discussão nos autos, e, por outro lado, *do respeito dos direitos de defesa, que o Tribunal considerou como um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária* (§ 32).

A resolução do conflito não passou pela anulação de nenhum destes vetores. Assim, se de uma banda, o TJ aceitou que as informações prestadas pelos sujeitos visados e os documentos entregues pudessem servir, em relação aos mesmos, para comprovar um comportamento anticoncorrencial, de outra banda, afirmou que isso não podia prejudicar os direitos de defesa (§ 34). A conciliação prática assumiu a fórmula já reproduzida no sentido de que *a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração cuja prova cabe à Comissão* (§ 35).

Esta fórmula foi transcrita no considerando 23 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, tem sido reafirmada pela jurisprudência da União Europeia e teve alguns desenvolvimentos. Assim, no acórdão *Mannesmannröhren-Werke*, de 19.01.2001, o TPI esclareceu que *o reconhecimento do direito de guardar silêncio absoluto, invocado pela recorrente, iria além do que é necessário para preservar os direitos da defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum, que lhe é devolvido pelo artigo 89.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 85.º CE) – cf. § 66.*

Quanto à concretização prática da fórmula, o TPI afastou a violação do direito em relação a determinados pedidos efetuados pela Comissão sobretudo com o argumento de que os mesmos continham *unicamente pedidos relativos a dados factuais e de comunicação de documentos preexistentes* (§ 70). Em contrapartida, concluiu que três questões violavam os direitos de defesa porque não se referiam apenas a informações factuais, na medida em que a Comissão convidava a recorrente a descrever, em especial, o «objeto» das reuniões em que supostamente participou e as «decisões tomadas» durante essas reuniões suspeitas (§ 71). Esta linguagem alusiva a “informações

51 Artigo 11.º do Regulamento n.º 17, do Conselho de 6 de fevereiro de 1962 (foi o primeiro diploma de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, que correspondem aos atuais artigos 101.º e 102.º, do TFUE), que corresponde ao atual artigo 18.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho de 16 de dezembro de 2002.

factuais” “pode ser pernicioso”⁵², conforme qualifica Catarina Anastácio, pois é equívoca, na medida em que parece sugerir que a distinção é entre factos e não-factos. O que não é exato, pois *admitir a existência da infração* implica afirmações sobre factos. A diferença está no tipo de factos, designadamente se são ou não suscetíveis de consubstanciar uma confissão.

No que respeita à entrega de documentos, a referida decisão faz referência a *documentos e peças preexistentes* (cf. § 70, 77 e 78), que, conforme salienta Helena Gaspar Martinho, não constava no acórdão *Orkem*⁵³. A preexistência significa que tem se de tratar de um documento independente ou não gerado pelo pedido de elementos, nisso se distinguindo das informações.

No acórdão de 15.10.2002, no caso *Limburgse Vinyl Maatschappij e o. c. Comissão*, o TJ não se socorreu tanto da linguagem alusiva a “informações factuais”, esclarecendo que o acórdão *Orkem* reconheceu o direito de uma empresa a não ser coagida pela Comissão a confessar a sua participação numa infração e que a proteção deste direito implica, em caso de contestação sobre o alcance de uma pergunta, que se verifique se uma dada resposta do destinatário equivale efetivamente à confissão de uma infração, de modo a haver ofensa do direito de defesa (§ 273).

Por sua vez, no acórdão de 09.04.2004, no caso *SGL Carbon e o. c. Comissão*, o TPI considerou que violavam o direito de defesa da recorrente pedidos destinados a obter documentos, sobretudo relacionados com reuniões suspeitas, que eram suscetíveis de levá-la a confessar a sua participação numa infração às regras comunitárias da concorrência (§ 407 e 408). Contudo, este entendimento foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça, por decisão de 29.06.2006, no recurso da decisão do TPI, tendo afirmado que: *o dever de cooperação não permite que a empresa se furte aos pedidos de apresentação de documentos, invocando que, se lhes anuísse, se veria coagida a testemunhar contra si própria* (§ 48); *o entendimento do TPI é contrário ao alcance das normas aplicáveis e enfraquece o princípio da cooperação a cujo respeito estão obrigadas as empresas objeto de um inquérito da Comissão* (§ 47); e *não são violados os direitos de defesa, porque a empresa visada não deixa de poder, quer no quadro do procedimento administrativo quer no de um processo perante os órgãos jurisdicionais comunitários, sustentar que os documentos apresentados têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão* (§ 49).

52 Anastácio, 2010: 219.

53 Martinho, 2010: 155.

Desta jurisprudência retiram-se dois postulados essenciais: um negativo, no sentido de que o direito à não autoincriminação nunca inclui a entrega de documentos (preexistentes), qualquer que seja o seu conteúdo; e um positivo, que se traduz na limitação do direito à faculdade de recusar a resposta a pedidos de informação que possam conduzir à confissão de uma infração.

É este o conteúdo do direito para a jurisprudência da UE, que tem merecido a adesão da jurisprudência nacional, conforme já referido, e de alguma doutrina nacional, nomeadamente Paulo de Sousa Mendes⁵⁴, Catarina Anastácio (ainda que com dúvidas em relação aos documentos preexistentes)⁵⁵ e Helena Bolina (que, no essencial, transpõe esses postulados para o setor da regulação dos valores mobiliários)⁵⁶. Contudo, também tem sido alvo de forte contestação, sobretudo por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁵⁷.

3.2. Análise do alcance restritivo da jurisprudência da União Europeia:

Não há qualquer dúvida de que o resultado alcançado é estreito, na medida em que restringe o direito à não autoincriminação em duas vertentes: em relação ao *objeto*, ao limitá-lo às declarações prestadas pelo visado; e, em relação ao *tema*, ao circunscrevê-lo, dentro das declarações do visado, àquelas que sejam suscetíveis de serem confessórias nos termos referidos.

Quanto à primeira limitação – relativa ao objeto – e no que respeita especificamente à entrega de documentos, o primeiro postulado é compatível com as teses que reduzem o direito à não autoincriminação ao direito ao silêncio e que consideram – tal como defende Costa Pinto – que este direito, “abrange apenas e só o direito a não responder ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito de recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder”⁵⁸.

Na mesma linha, tal postulado é compatível com sistemas jurídicos, como o norte-americano, que tradicionalmente veem no *privilege against self-incrimination* uma proibição de coação para a pessoa ser testemunha contra si mesma (“*to engage in testimonial self-incrimination activity*”), mas não quaisquer outras formas de colaboração forçada com as autoridades de perseguição

⁵⁴ Mendes, 2010: 136-139.

⁵⁵ Anastácio, 2010: 215-230.

⁵⁶ Bolina, 2012: 420-422.

⁵⁷ Dias & Ramos, 2009: 79-80.

⁵⁸ Pinto, 2009: 95.

criminal⁵⁹. Contudo, mesmo neste firmamento jurídico, não é admitida toda e qualquer coação relativa à entrega de documentos.

Assim, o *privilege against self-incrimination* não conhece restrições em relação aos livros e documentos que o sujeito é obrigado a conservar e exibir às autoridades públicas por exercer uma atividade regulada pelo Estado – é a chamada “*required records doctrine*” fixada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão *Shapiro v United States* (1948)⁶⁰. Quanto aos demais documentos, a regra também é a possibilidade do visado ser coagido a entregá-los, sendo a intimação do arguido para a entrega de documentos (*subpoena for production of evidence*) uma alternativa à recolha de prova documental⁶¹. Contudo, esta regra conhece uma limitação muito importante dada pela chamada “teoria do ato-de-entrega” (“*act-of-production doctrine*”).

De acordo com esta teoria, o próprio ato de entrega de um documento pode conter atos comunicacionais alheios ao conteúdo do documento, como a admissão tácita de que o documento existe, está na posse de quem o entrega e sob o seu controlo. Para proteger estes segmentos comunicacionais do ato, de natureza autoincriminatória, esta teoria permite a invocação do *privilege against self-incrimination*, como forma do sujeito se recusar a entregar o documento, mas desde que o ato de entrega acrescente “alguma informação relevante às que já estão na esfera de cognição das autoridades”⁶². Ou seja, se as autoridades já tiverem como “dado adquirido” ou como “conclusão preestabelecida” a existência do documento e a sua localização, o ato de entrega não terá o referido valor comunicacional e o privilégio não pode ser invocado. É a chamada “*foregone conclusion*” e para que esta premissa esteja verificada, a jurisprudência exige que os documentos possam ser identificados com “razoável especificidade” (*reasonable particularity*) na intimação dirigida ao suspeito ou arguido, pelo que não são admitidas as chamadas “*fishing expeditions*”⁶³.

Estas teses não são desconhecidas de outras latitudes e entre nós. Assim, a jurisprudência alemã aproxima-se da “*required records doctrine*” em relação às chamadas infrações intrassistemáticas⁶⁴ e, em Espanha, o Tribunal Constitucional tem negado a natureza de «declarações autoincriminatórias coercivas»

59 Oliveira e Silva, 2018: 274.

60 Oliveira e Silva, 2018: 288-289.

61 Oliveira e Silva, 2018: 291.

62 Oliveira e Silva, 2018: 292.

63 Oliveira e Silva, 2018: 292-294.

64 Oliveira e Silva, 2018: 835.

aos documentos contabilísticos que o contribuinte é obrigado a manter e entregar à administração tributária⁶⁵.

A nível nacional, no que respeita aos documentos legalmente obrigatórios (tacógrafo, escrituração comercial, contabilidade, atas, etc) há vozes, na doutrina, em sentido afirmativo. É o caso de Vânia Costa Ramos, que já defendeu que o direito à não autoincriminação pode ser restringido ao ponto de excluir estes documentos, desde que o pedido seja dirigido à pessoa singular ou coletiva que, atuando num papel específico, seja obrigada a dispor dos mesmos. Sustentou a autora que esta é uma visão moderna do direito penal, adaptada ao Estado Regulador, por contraposição àquela outra que se pode designar como clássica, construída em função do arguido como indivíduo, “cidadão no exercício de direitos básicos inerentes à sua qualidade de pessoa”⁶⁶.

Também Costa Pinto, em coerência com a sua posição quanto ao conteúdo do direito, considera que os documentos sujeitos a um dever legal de conservadoria pelas entidades sujeitas à supervisão da CMVM são “conservados por imposição legal para, entre outras funções, permitirem uma reconstituição fidedigna das operações, para todos os efeitos incluindo infracionais”⁶⁷.

Helena Bolina defende igualmente, em nome da necessidade de uma supervisão efetiva, que “não pode estar vedada a utilização como meio de prova da documentação que o regulador legitimamente recebe e que é dever das entidades supervisionadas conservar e entregar (em alguns casos, até ..., ao abrigo de deveres de comunicação regulares expressamente previstos no código) e que constitui, em muitos casos, o principal meio de prova da infração”⁶⁸.

Por fim, Sandra Oliveira e Silva, coerentemente com o seu entendimento acerca do conteúdo do direito, também conclui pela admissão do uso de coação em relação aos documentos legalmente obrigatórios. Assim, esta autora sustenta que “*todas* as formas de revelação do pensamento humano merecem idêntica proteção sob o ponto de vista do *nemo tenetur*, quer se traduzam num ato típico de colaboração *verbal* (como as declarações orais ou escritas), quer assumam simplesmente a forma de atos *não-verbais* (como a pintura, o desenho, a escultura, a dança, a mímica ou simplesmente, a entrega de objetos)”⁶⁹.

65 Oliveira e Silva, 2018: 836, nota 1911.

66 Ramos, 2007: 88-89.

67 Pinto, 2009: 109-110.

68 Bolina, 2012: 419.

69 Oliveira e Silva, 2018: 826-827.

No caso dos documentos legalmente obrigatórios, o ato de entrega não colide como *nemo tenetur*, por causa da sua obrigatoriedade, “tudo se passando como se as autoridades efetivamente estivessem certas de que o supervisionado tem em seu poder os elementos que, por lei, é obrigado a conservar”⁷⁰.

Para além destes posicionamentos específicos sobre documentos legalmente obrigatórios, há também entendimentos favoráveis à tese da não colisão com o *nemo tenetur*, por defenderem genericamente que podem ser utilizados como meios de prova, em processos sancionatórios, informações e documentos obtidos pelas entidades de supervisão, ao abrigo destes poderes de supervisão e de deveres de colaboração legalmente impostos ao sujeito visado, sem limitarem expressamente estes deveres aos documentos legalmente obrigatórios.

Assim, na jurisprudência, salienta-se, neste sentido, os seguintes acórdãos: acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.04.2011, processo n.º 1.724/09.27FLSB -3 (no domínio da supervisão do mercado de valores mobiliários); acórdão do Tribunal da Relação de Évora 11.07.2013, processo n.º 35/12.0YQSTR.E1 (no domínio da supervisão bancária); e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.05.2015, no processo n.º 206/14.5YUSTR.L1-5 (no domínio da supervisão no setor da comunicação social). Ao nível da jurisprudência constitucional, impõe-se fazer referência ao acórdão do TC n.º 340/2013, que considerou não inconstitucional a utilização em processo penal da documentação e informação que o contribuinte tenha sido obrigado a entregar à administração fiscal no cumprimento do seu dever de colaboração nas tarefas de apuramento e correção da sua situação tributária e que foi reafirmada no acórdão mais recente n.º 360/2016, a propósito da utilização, como meios de prova em processo sancionatório, de elementos entregues à CMVM no exercício de poderes de supervisão.

No plano da doutrina, é conhecida a posição de Costa Pinto, que admite a utilização de todos os pedidos de documentos que os supervisionados sejam obrigados a entregar em virtude de deveres e colaboração previstos na lei, em coerência com o seu entendimento sobre o conteúdo do *nemo tenetur*, já referido⁷¹. No mesmo sentido parecer ser a posição de Figueiredo Dias e Costa Andrade, assumida no âmbito de documentos recolhidos pela CMVM no exercício dos seus poderes de supervisão e depois utilizados num processo de contraordenação, que, por maioria de razão, será extensiva aos documentos

70 Oliveira e Silva, 2018: 846.

71 Pinto, 2009.

legalmente obrigatórios⁷². É certo que, mais recentemente, Costa Andrade censurou, de forma contundente, o citado acórdão do TC n.º 340/2013. Contudo, o autor faz uma ressalva expressa no sentido de que as implicações do problema no domínio do direito de contraordenação não fizeram parte do seu horizonte de análise.

No que respeita à teoria do ato de entrega, há também referências na nossa doutrina a propósito da mesma, designadamente a posição assumida por Sandra Oliveira e Silva, de alcance mais restritivo do que aquele que resulta da “*act-of-production doctrine*”, na medida em que defende que a componente declarativa do ato-de-entrega tem de estar totalmente ausente, não bastando que seja pouco relevante ou mínima⁷³.

Fora destes posicionamentos, sustenta que o direito à não autoincriminação inclui, em geral, a entrega de documentos, como um corolário do conteúdo que lhe é atribuído: (i) quem entenda que o direito abrange no seu âmbito de validade material todas as formas de cooperação involuntária (com violência, coação ou engano) do suspeito com natureza incriminatória, como Augusto Silva Dias e, mais recentemente, Vânia Costa Ramos⁷⁴; (ii) e quem adote o critério mais utilizado pela doutrina alemã, que vê o *nemo tenetur* como liberdade de colaboração *ativa* na própria incriminação⁷⁵.

No que respeita à restrição relativa ao tema – o segundo postulado da jurisprudência da UE – parece ser uma originalidade. Aqui já não se trata apenas de limitar o *nemo tenetur* ao direito ao silêncio, mas de definir uma fronteira temática dentro do silêncio. Segundo Paulo de Sousa Mendes e Catarina Anastácio, o espaço de proteção do *nemo tenetur*, definido por essa fronteira, incluirá apenas “*aquelas declarações que, por si só, isoladamente (isto é, independentemente de outras provas) e sem valorações (ou seja, sem margem para interpretações sobre o seu significado) sejam equivalentes à admissão da participação na infração e como tal sejam suficientes para a prova da infração*”⁷⁶.

Expostas, em traços gerais, algumas das posições assumidas sobre o conteúdo do direito, avançaremos, agora, com o nosso entendimento sobre a questão.

72 Dias & Costa Andrade, 2009: 17-61.

73 Oliveira e Silva, 2018: 825 ss., em particular pp. 828-830.

74 Cf. Dias & Ramos, 2009: 22 ss..

75 Cf. sobre a doutrina alemã, Oliveira e Silva, 2018: 824. E Andrade, 2014: 408.

76 Anastácio, 2010: 224; e Mendes, 2012: 312.

O conteúdo do direito à não autoincriminação depende do seu fundamento, ou seja, do interesse de vida, sentido, função e utilidade que lhe está subjacente. Já se referiu que há fundamentos substantivos e processuais. Contudo, os primeiros, em particular aqueles que seriam suscetíveis de justificar a prerrogativa – como o livre desenvolvimento da personalidade, a integridade moral e, em última instância, a própria dignidade da pessoa humana – pressupõem uma humanidade que não está presente nas pessoas coletivas, pelo que a análise se irá restringir aos fundamentos processuais.

A primeira ideia que surge consiste em evitar que a pessoa seja condenada com base na sua colaboração forçada. E este resultado impressiona porque aparentemente seria transformar a pessoa de sujeito do processo em objeto, contra o próprio princípio do Estado de direito, a estrutura acusatória do processo e o princípio do contraditório.

Contudo, tem-se alguma dificuldade em aceitar este argumento (sobretudo em relação às pessoas coletivas), porque a colaboração forçada do suspeito ou arguido não interfere com a estrutura acusatória do processo, em sentido estrito, uma vez que a sua característica essencial consiste na separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga⁷⁷. É verdade que esta separação não existe na fase administrativa do processo de contraordenação, mas não é por causa do direito à não autoincriminação. Acresce que os interesses que impulsionam esta garantia fundamental são alcançados por via do recurso judicial de plena jurisdição.

Uma visão mais ampla da estrutura acusatória do processo conduzirá a ver nesta garantia fundamental o próprio princípio do contraditório (cf. artigo 32.º, n.º 5, da Constituição) e, conseqüentemente, a garantia essencial do arguido como sujeito, com o poder de interferir no processo dialético que conduz à decisão final e de livremente conformar essa sua “*participação constitutiva* (...) na declaração do direito do caso”⁷⁸. Contudo, o princípio do contraditório atua pela positiva, não pela negativa, pois, tal como já sintetizou o TC, em diversos acórdãos, tal princípio consiste “*em que nenhuma prova deve ser aceite na audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de*

77 Oliveira e Silva, 2018: 201.

78 Figueiredo Dias, *apud* Oliveira e Silva, 2018: 204.

a *valorar*”⁷⁹. A colaboração forçada do arguido como meio de prova não lhe retira estes direitos.

Numa elaboração diferente, poder-se-á contra-argumentar, com Böse, no sentido de que “o arguido impedido de se *calar* não poderia distanciar-se do conteúdo do seu depoimento e, nessa medida, ficaria parcialmente expropriado da sua liberdade de conformar a sua estratégia processual e *code-terminar* a decisão final”. Aceita-se que o direito à não autoincriminação tem subjacente uma ideia de defesa estratégica, sendo, na verdade, esta, na perspectiva que aqui se assume, o fundamento último do direito, mas num sentido ligeiramente diferente. Tal como resultará melhor da explicitação *infra* desenvolvida, a liberdade declaração negativa, protegida pelo direito à não autoincriminação, é necessária, em si mesma, para garantir a dimensão estratégica da defesa e não como apenas como instrumento para a realização dessa dimensão por via da liberdade de declaração positiva.

Assim, do ponto de vista estritamente processual crê-se não haver transformação da pessoa em objeto. Já de um ponto de vista pessoal, afeto à pessoa humana, a defesa do direito à não autoincriminação pelo direito à não autoincriminação, traduzida no resultado que, na linguagem dos aforismos, será “fazer a cama onde o hão-de deitar”⁸⁰ e que é salientado por Augusto Silva Dias, pode eventualmente ser equacionável, mas no plano da dignidade da pessoa humana, que, conforme já concluímos, não se aplica às pessoas coletivas. Veja-se que é neste plano que, por exemplo, Manuel da Costa Andrade a coloca quando se insurge contra a referida decisão do TC n.º 340/2013, afirmando, entre o mais, o seguinte: “Partindo da dignidade humana, o *nemo tenetur* define a fronteira inultrapassável do inexigível. Na certeza de que seria sempre “inexigível e incompatível com a dignidade humana, o recurso à coacção para obrigar (o arguido) a oferecer, com as suas próprias mãos, os pressupostos da sua condenação penal ou da aplicação das correspondentes sanções”⁸¹. Este é um dos pontos em que a natureza da pessoa coletiva tem impacto na definição do conteúdo do direito.

A segunda ideia que surge sobre o fundamento processual do direito à não autoincriminação reconduz-se à presunção de inocência. Em geral, é reconhecida a existência de uma conexão material entre a presunção de inocência e o direito à não autoincriminação, traduzida no seguinte: “«a presunção de

79 Acórdão do TC n.º 372/2000.

80 Silva Dias, 2018: 199.

81 Andrade, 2014: 422.

inocência complet[a] o *nemo tenetur*, libertando o acusado da pressão de ter de provar a sua inocência e criando as condições para uma defesa por meio do silêncio», ao mesmo tempo que «o princípio contra a autoincriminação evita que a posição assegurada ao arguido pela presunção de inocência (...) seja “inutilizada” pela previsão de um dever de declarar»⁸². Não obstante a existência deste nexos profundo entre as duas garantias, defende-se que a presunção de inocência não é o fundamento do direito à não autoincriminação, pois não se pode extrair de tal garantia “qual o meio ou meios permitidos para prova da culpa”⁸³.

Contudo, há quem rejeite esta visão tão estrita da presunção da inocência, como Sandra Oliveira e Silva, considerando que a mesma tem de ir para além da garantia de um critério de distribuição do ónus da prova, pois, se o seu âmbito fosse assim tão limitado, então seria redundante e inócua por nada acrescentar às regras do ónus da prova⁸⁴. Neste sentido, defende-se que a presunção de inocência é um “princípio regulativo da relação entre o Estado e o cidadão”⁸⁵ e que dele deriva uma *proibição relativa de meios* a utilizar pela acusação, não sendo compatível com a utilização pelo Estado de meios de prova que obriguem o arguido a “vincular-se *pessoalmente* à tese da acusação” ou a “assumir-se como fonte epistémica de informações autoincriminatórias, vale dizer, como garante da veracidade das informações obtidas”⁸⁶. A finalizar sustenta-se que isto conduz à redução do direito à não autoincriminação aos meios de prova com pendor comunicativo, ou seja, declarações e “atos de colaboração não-verbal com significado ‘comunicativo’”⁸⁷.

Tem-se dificuldade em aceitar esta tese, desde logo, quanto ao pressuposto de que parte, designadamente de que a presunção de inocência seria redundante e inócua enquanto critério de repartição do ónus da prova, pois a sua condição de garantia fundamental, com consagração constitucional, é suficiente para a justificar, ainda que naquele sentido mais estreito. Depois não se compreende bem como é que se chega, no final, à limitação do direito à não autoincriminação aos meios de prova de natureza comunicativa. A discordância não está no resultado, que se aceita como válido, conforme se irá

82 Böse, *apud* Oliveira e Silva, 2018: 214-215.

83 Ramos, 2007: 67.

84 Oliveira e Silva, 2018: 221-222.

85 Oliveira e Silva, 2018: 222.

86 *Idem*.

87 *Idem*.

explicitar melhor *infra*. A dificuldade está em compreender o encadeamento de sustentação.

Por fim, há um ponto que nos parece essencial e que consiste no seguinte: conforme sustentava Hegler (ainda que num contexto diferente, mas com aplicação geral) *os axiomas básicos do nosso direito devem ser constituídos por ideias racionais, por ideias finais*⁸⁸, ou seja, qualquer ramo do direito, qualquer instituto jurídico, qualquer categoria ou conceito têm de ser teleologicamente orientados, pois é o fim que lhes subjaz que os torna numa unidade de sentido. Por conseguinte, nunca se pode perder de vista o fim na determinação do fundamento de um dos elementos que concretizam e integram uma dessas unidades de sentido, até porque fazê-lo significa tornar o direito progressivamente irreconhecível e, nessa medida, mais vulnerável a restrições. Assim, se é de garantias processuais de processos de natureza sancionatória que estamos a tratar, então, temos de perceber qual é o propósito teleológico que as orienta.

O fim das garantias processuais é assegurar, evidentemente, as finalidades do processo sancionatório, que, no processo penal, se podem resumir às seguintes: realização da justiça e descoberta da verdade material; proteção dos direitos fundamentais das pessoas; e restabelecimento da paz jurídica⁸⁹. Estando em causa pessoas coletivas não se colocam, conforme já referido, os dilemas relativos aos direitos substantivos suscetíveis de ser implicados com a autoincriminação, como o livre desenvolvimento da personalidade, a integridade moral e a própria dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o tema tem um alcance marcadamente processual e relacionado com as finalidades da realização da justiça e descoberta da verdade material e bem assim do restabelecimento da paz jurídica. Fins estes que têm na sua base, como alicerce fundamental, a verdade, pois é o fator de adequação primeiro para tornar a decisão justa.

Como todos sabemos, a verdade “absoluta” ou “ontológica” não está ao nosso alcance⁹⁰, pois não vivemos num mundo mágico, nem num mundo de ficção científica. O nosso sistema de valoração da prova, dependente do fator humano, é um sistema falível. Nesta medida, a verdade que se pretende é, conforme refere Figueiredo Dias, uma verdade prático-jurídica⁹¹, ou seja, a verdade possível, alcançada mediante a introdução de filtros e mecanismos

88 *Apud* Salas, 2006: 95 e 96.

89 Figueiredo Dias, 1998-9: 29 e ss.

90 *Idem*, p. 131.

91 *Idem*, p. 140.

destinados a assegurar determinados níveis de fiabilidade e, consequentemente, de credibilidade e aceitabilidade do próprio sistema.

Um sistema de valoração da prova com estas características, ou seja, um sistema falível, gera e – mais importante do que isso – torna legítimo um pensamento e uma defesa estratégicos. Um inocente pode não estar disposto, legitimamente, a admitir um facto circunstancial com receio de que, na vora-gem de um sistema falível, isso venha a contribuir para a sua condenação. É evidente que um pensamento estratégico pode surgir também num sistema infalível. Contudo, enquanto que neste haverá, porventura, razões para o reprimir, porque não tem justificação, naquele deve ser aceite e protegido, enquanto contraponto da falibilidade própria do sistema. Mas deve ser aceite e protegido na exata medida em que a sua proteção se justificar para tornar o sistema mais robusto.

É, por isso, que se rejeita uma concepção maximalista do direito à não autoincriminação, entendido como forma de controlo estratégico do arguido sobre todos os meios de prova que dependem de si. Explicitando um pouco melhor esta ideia, rejeita-se a referida concepção maximalista, pelo menos, em relação às pessoas coletivas, que apenas consentem fundamentos processuais na base de sustentação do direito com influência no seu conteúdo, por duas razões essenciais.

Em primeiro lugar, o sistema não é, evidentemente, assim tão falível. A verdade que se pretende alcançar não está na disponibilidade dos sujeitos processuais intervenientes, por via das posições assumidas no processo, mas é uma verdade material, tendo o juiz um poder de investigação autónomo. A livre apreciação da prova (já) não é arbitrária, subjetiva ou oculta. A convicção firmada pela primeira entidade decisora pode ser revista por uma instância de controlo. Há meios de prova menos falíveis, alguns de valor científico e há, em termos gerais, uma maior racionalidade na aplicação do sistema, fruto também de uma maior percepção.

Em segundo lugar, mais importante ainda é que esse entendimento maximalista do direito à não autoincriminação teria efeitos contraproducentes, pois excluiria ou seria suscetível de excluir meios de prova particularmente robustos, alguns validados pelo método científico, em detrimento de outros mais falíveis, como a prova testemunhal. Em vez de diminuir a falibilidade do sistema, aumentá-la-ia, mediante o recurso a meios de prova menos robustos, mas não excluídos pelo *nemo tenetur* por não estarem em causa contributos probatórios do próprio arguido.

Este conjunto de fatores levam-nos a concluir, por um lado, que o direito à não autoincriminação se sustenta no próprio direito de defesa, enquanto “dimensão tática do direito de defesa”⁹² – expressão utilizada por Costa Pinto – e nessa medida com respaldo constitucional nos artigos 32.º, n.º 1 (para o processo penal) e n.º 10 (para o processo contraordenacional), da Constituição. E, por outro lado, que a referida ideia de defesa estratégica deve estar presente apenas nas interações do arguido com o processo, suscetíveis de aumentar a sua robustez.

O que, relativamente aos contributos probatórios do próprio arguido, circunscreve o conteúdo do direito aos meios de prova mais suscetíveis de interferir com a falibilidade do sistema e que são aqueles que são dominados ou são uma expressão da vontade. Isto inclui as declarações orais do arguido, declarações ou informações escritas e todas as formas de manifestação da vontade não-verbais, como a entrega de documentos suscetível de exprimir a vontade para além do mero conteúdo do documento (o que exclui sempre da prerrogativa a entrega de documentos legalmente obrigatórios, pelas mesmas razões apresentadas por Sandra Oliveira e Silva). Em relação a estes meios de prova deve-se reconhecer ao arguido o direito de os gerir livremente, sem coação, imediata ou mediata, como forma de forçar a robustez do sistema.

Por conseguinte, adota-se uma posição próxima da solução proposta por Sandra Oliveira e Silva, mas com base num conjunto de razões diferentes, pois a tese da autora funda-se na tutela da “*esfera mental-espiritual*” do indivíduo.

O resultado a que se chegou é distinto do da jurisprudência da UE, em dois pontos essenciais: por um lado, no que respeita à entrega de documentos, aceita-se, em geral, a teoria do ato de entrega que não respeite à entrega de documentos legalmente obrigatórios; por outro lado, não há restrições temáticas quanto aos meios de prova incluídos no conteúdo do direito. Contudo, isto é, pelo menos, assim para o processo penal e levando em conta apenas fundamentos de natureza processual. Para o processo contraordenacional no domínio das práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas, há que entrar em linha de conta com as especificidades que advêm destes fatores e, em larga medida, já salientadas e que devem ser ponderadas no teste da proporcionalidade.

O percurso precedente – maçador, sem dúvida, mas crê-se que necessário – deve-se à seguinte razão: a jurisprudência da UE só será válida e de manter se passar o teste da proporcionalidade; e para empreender esta análise

92 Pinto, 2009: 99.

era necessário perceber exatamente o que é que tinha de ser justificado à luz desses parâmetros fundamentais, ou seja, em que medida é que o referido entendimento restringe o direito à não autoincriminação. A conclusão a que se chegou está exarada no parágrafo precedente. Passemos, então, para o referido teste.

3.3. Teste da proporcionalidade

Tendo presente a análise efetuada pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 461/2011, constata-se, em primeiro lugar, que do *“ponto de vista formal, a restrição em análise obedece aos pressupostos de previsão prévia em diploma de carácter geral e abstracto, no caso, emitido pela Assembleia da República: a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho”*. Note-se que a restrição é uma consequência do dever de colaboração previsto nos artigos 18.º, n.º 1, alínea a), 15.º e 68.º, n.º 1, alínea h), todos do NRJC.

Em segundo lugar, a *“restrição é funcionalmente dirigida à salvaguarda da concorrência, como princípio constitucional estruturante do funcionamento dos mercados, cuja eficiência é cometida ao Estado, a título de incumbência económica prioritária”*.

Em terceiro lugar, a restrição é adequada, pois corresponde *“a meio idóneo à prossecução do objetivo de proteção do interesse constitucional em análise”*.

Em quarto lugar, quanto à necessidade, o primeiro fator a considerar é que a maior parte da prova nos casos relacionados com as pessoas coletivas é documental e produzida pela empresa⁹³. O que significa que o direito à não autoincriminação, neste domínio, tem custos mais elevados do que em relação às pessoas singulares⁹⁴, por impedir o acesso a essa informação. Este fator é particularmente relevante, no domínio dos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, porque, pese embora a AdC possa efetuar buscas e apreensões, aqui há que entrar em linha de conta com outro argumento, salientado pelo TC e que consiste no seguinte: a satisfação da necessidade de eficiência da investigação e repressão de práticas anticoncorrenciais *“não seria alcançável mediante instrumentos alternativos que, por serem excessivamente onerosos para a entidade reguladora – em meios e tempo, face à extensão das atividades e entidades reguladas – trariam como consequência margens de ineficácia excessivas, na proteção do interesse de defesa da concorrência”*.

93 Khanna, 2004: 46; Ramsay, 1992: 307.

94 Khanna, 2004: 46.

É a questão da *capacidade funcional* da entidade de supervisão, de que fala Nuno Brandão, já explicitada.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida, esclarece o TC que a *“restrição em análise mostra-se ainda proporcional, em sentido estrito, apresentando-se como equilibrada e correspondente à justa medida, sendo esta resultante da ponderação do peso relativo de cada um dos concretos bens jurídicos constitucionais em confronto, ou seja, do direito que é objeto da restrição e do bem que justifica a lei restritiva”*. Note-se que, pese embora esteja em causa um confronto entre uma tarefa fundamental do Estado e um direito fundamental⁹⁵, a afetação da concorrência pode ter efeitos sistémicos, em termos económicos, muito significativos e com um potencial de lesão de um universo muito alargado de consumidores.

Contudo, parece-nos que a justa medida é sobretudo assegurada devido às considerações tecidas a propósito das razões que justificam, em geral, uma compressão das garantias processuais no domínio do direito das contraordenações, ou seja, porque as sanções não são tão devastadoras, tão trágicas, pois essa dimensão trágica, que justifica a preservação das garantias do pensamento iluminista-liberal ao máximo, está sobretudo presente quando estão em causa pessoas singulares confrontadas com a possibilidade de privação de liberdade.

Por fim, quanto à preservação do núcleo essencial do direito, considerou o TC que *“os deveres de colaboração, plasmados na lei, deixam intocado o ... conteúdo útil essencial [do direito à não autoincriminação], funcionalmente operante, na vertente do direito a não prestar declarações sobre os factos imputados, atenta a sua virtualidade auto-incriminatória”*.

Recuperando que se disse sobre o fundamento e conteúdo do direito, considera-se que o núcleo essencial tem de consistir na preservação, em relação às manifestações da vontade do visado, de um espaço de defesa estratégico, ainda que significativamente reduzido e que seja suscetível de contribuir para uma maior robustez do sistema. Esse espaço continua a existir quando a pessoa coletiva não confessou os factos, nos termos referidos, pois, por um lado e tal como sustenta a jurisprudência europeia, *“nada impede o destinatário de demonstrar mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, ao exercer os seus direitos da defesa, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão”* – cf. § 78. Por outro lado, dificilmente a

95 Cf. Ramos, 2010: 191.

prova se poderá sustentar apenas em informações prestadas pelo visado, pois a fronteira temática protegida pelo direito à não autoincriminação impedirá esse resultado.

Claro que estas asserções poderão levantar dúvidas quanto à sustentabilidade da jurisprudência da UE no caso dos documentos, cujo valor comunicativo do ato de entrega seja equivalente a uma confissão. Note-se que não está aqui em causa o valor probatório dos documentos em si mesmos, mas aquilo que significa o ato de entrega pelo visado, ou seja, a apresentação de determinado documento pelo visado, face ao seu conteúdo e ao teor do pedido que lhe é dirigido, pode conduzir ou equivaler a uma confissão. Contudo, é uma questão que se deixará em aberto, pois aguarda-se por um caso concreto para melhor refletir sobre a mesma.

3.4. Confronto com a jurisprudência do TEDH

Ao contrário do que sucede no contexto constitucional nacional, a compatibilidade da jurisprudência da UE com a CEDH, de acordo com os entendimentos alcançados pelo TEDH, é mais problemática. Não é que o TEDH adote um conceito maximalista do direito à não autoincriminação, no sentido de incluir todo e qualquer contributo probatório do arguido. Na verdade, a posição deste Tribunal até é relativamente restritiva, pois, conforme afirmou no caso *Saunders v. Reino Unido*, proferida em 01.12.1996, num *obiter dictum* que ficou célebre, “[o] direito à não auto-incriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contratantes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito, tais como, *inter alia*, os documentos adquiridos com base em mandato, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de ADN”⁹⁶.

À luz desta fórmula, não há qualquer dúvida que o TEDH reconhece a proteção do direito a silêncio, sem restrições temáticas.

Quanto à entrega de documentos, a aplicação do referido critério da dependência ou independência da vontade não é linear, pois, numa decisão anterior, de 25.02.1993, no caso *Funke*, o TEDH incluiu a entrega de documentos na proteção conferida pelo direito à não autoincriminação (reconduzido à garantia de um processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1,

⁹⁶ Mendes, 2010: 133.

da Convenção), mas os fundamentos invocados estavam relacionados com o grau de certeza por parte das autoridades quanto à existência dos documentos, sendo exato, tal como sustenta Sandra Oliveira e Silva, que a censura do TEDH dirigiu-se sobretudo à “tentativa de utilizar as injunções de entrega para obter documentos que as autoridades alfandegárias *‘supunham existir, mas de cuja existência não estavam certas’* e que *‘não estavam na disposição ou não tinham condições de obter por outro meio’*”⁹⁷.

Mais tarde, no caso *J.B. c. Suíça*, cuja decisão data de 03.05.2001, o Tribunal parece acolher, conforme sustenta a mesma autora, uma posição similar à “*required records doctrine*”, ao distinguir entre a “entrega coativa de documentos relativos a investimentos e outras operações financeiras não declaradas (que podem nem sequer existir) da obrigação de apresentação de um tacógrafo no controlo de infrações rodoviárias (cuja instalação nos veículos pesados é legalmente obrigatória, tornando certa a sua existência”, esclarecendo que a primeira não envolve «elementos com uma existência independente da vontade da pessoa visada»”⁹⁸. O que significa, à luz do critério definido no caso *Saunders*, que tais documentos estão compreendidos no âmbito de proteção do direito a não autoincriminação.

Em qualquer caso, não se pode afirmar que haja entre o entendimento adotado e a jurisprudência do TEDH uma colisão frontal, pois, conforme tem sido reiteradamente salientado, os casos analisados por este Tribunal envolviam pessoas singulares e, pelo menos, em alguns, sujeitas a procedimentos criminais, não sendo óbvio, tal como refere Wouter Wils, que o TEDH concederá a mesma proteção às pessoas jurídicas, em procedimentos relativos a práticas restritivas da concorrência e destinados à aplicação de sanções⁹⁹. É importante a seguinte precisão: não é que o TEDH não venha a reconhecer o direito às pessoas coletivas em processos desta natureza, mas possivelmente não o concederá com a mesma extensão.

Veja-se, por exemplo, que na decisão do caso *Jussila v. Finlândia*, o TEDH afirmou que “*há casos criminais que não apresentam um grau significativo de estigma*” e que “[*e*]*xistem claramente ‘acusações criminais’ de peso diferente*”, acrescentando que “*a interpretação autónoma adotada pelas instituições da Convenção sobre a noção de ‘acusação criminal’, aplicando os critérios de Engel, sustentou um alargamento gradual da classificação criminal a casos que não pertencem,*

97 Oliveira e Silva, 2018: 832.

98 *Idem*.

99 Wils, 2003: 13.

em sentido estrito, às categorias tradicionais do direito penal, por exemplo, penalidades administrativas (Öztürk,), processo disciplinar de prisão (Campbell e Fell v. Reino Unido, 28 de junho de 1984, Série A n.º 80), direito aduaneiro (Salabiaku v. França, 7 de outubro de 1988, 141-A), lei de concorrência (Société Stenuit c. França, 27 de fevereiro de 1992, Série A n.º 232-A) e penalidades impostas por um tribunal competente em matéria financeira (Guisset c. França, nº 33933/96, ECHR 2000-IX). Mais acrescentou – a propósito do caso concreto – que as sobretaxas fiscais diferem do núcleo duro do direito penal e que, consequentemente, as garantias penais não se aplicarão necessariamente com todo o seu rigor¹⁰⁰.

Em face de todas as asserções precedentes, conclui-se que a jurisprudência da UE, em geral, é de manter, ficando apenas em aberto a questão relativa à entrega de documentos (com exclusão dos documentos legalmente obrigatórios), quando o valor comunicacional o ato de entrega seja igual a uma confissão.

4. CONCLUSÕES

O percurso precedente resume-se aos seguintes pontos essenciais:

- i. O direito à não autoincriminação tem a sua génese num contexto caracterizado por duas notas e que corresponde ao paradigma clássico de preservação ao máximo das garantias do pensamento iluminista-liberal. Essas duas notas são: um processo criminal; contra pessoas singulares.
- ii. A tipologia de casos em análise (processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas) apresenta alguns elementos diferenciadores face a esse paradigma clássico, especificamente os seguintes: a aplicação do direito a uma pessoa coletiva; o contexto de regulação e supervisão subjacente; e o reconhecimento do direito num processo de contraordenação.
- iii. Estes elementos não justificam o afastamento do direito, mas comportam especificidades. Assim, o envolvimento de pessoas coletivas significa, por um lado, que o conteúdo do direito, a determinar em função do seu fundamento, não se pode sustentar em fundamentos de natureza substancial, mas apenas em fundamentos de natureza processual e, por outro lado, que a deteção e comprovação das infrações depende, muitas vezes, de informação que somente pode ser fornecida pelas próprias

100 Cf. Martinho, 2010: 169-170.

organizações. O contexto de supervisão e regulação chama à colação, no caso da AdC, a *capacidade funcional* desta entidade para a deteção das infrações. Por sua vez, o processo de contraordenação, por via das sanções que implica, é compatível com uma diminuição das garantias de defesa.

- iv. A jurisprudência da União Europeia sobre o tema resume-se a dois postulados essenciais: um negativo, no sentido de que o direito à não autoincriminação nunca inclui a entrega de documentos (preexistentes), qualquer que seja o seu conteúdo; e um positivo, que se traduz na limitação do direito à faculdade de recusar a resposta a pedidos de informação que possam conduzir à confissão de uma infração.
- v. Tal jurisprudência é mais restritiva face ao conteúdo do direito que é possível traçar, no processo penal e considerando apenas fundamentos de natureza processual, em dois pontos essenciais: por um lado, no que respeita à entrega de documentos, é de aceitar, no processo penal e em geral, a teoria do ato de entrega (com exceção da entrega de documentos legalmente obrigatórios); por outro lado, no processo penal não há restrições temáticas quanto aos meios de prova incluídos no conteúdo do direito.
- vi. Tais restrições respeitam o teste da proporcionalidade, pelo menos, no que respeita à apresentação de informações, porque: têm um carácter geral e abstrato, sendo uma consequência das normas do NRJC que impõem ao visado um dever de colaboração; dirigem-se à salvaguarda da concorrência, *como princípio constitucional estruturante do funcionamento dos mercados*; são idóneas à proteção deste interesse; são necessárias, devido à circunstância da maior parte da prova nos casos relacionados com as pessoas coletivas ser documental e produzida pela empresa, em conjugação com a *capacidade funcional* limitada da AdC; respeitam a justa medida porque o direito contraordenacional, pelas sanções que envolve, não tem a dimensão trágica do referido paradigma clássico; e garantem o núcleo essencial do direito porque preservam, em relação às manifestações da vontade do visado, um espaço de defesa estratégico, ainda que significativamente reduzido e suscetível de contribuir para uma maior robustez do sistema.
- vii. Por fim, não se pode afirmar que haja entre o entendimento adotado e a jurisprudência do TEDH uma colisão frontal, pois os casos analisados por este Tribunal envolviam pessoas singulares e, pelo menos, em alguns, sujeitas a procedimentos criminais.

BIBLIOGRAFIA

ALFAFAR, Diana

- 2012 “O Dever de Colaboração e o *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* no Direito Sancionatório da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, números 11/12, julho dezembro, (pp. 319-381).

ANASTÁCIO, Catarina

- 2010 “O Dever de Colaboração no âmbito dos Processos de Contra-Ordenação por Infracção as regras de Defesa da Concorrência e o Princípio *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, janeiro-março 2010 (pp. 199-235).

ANDRADE, Manuel da Costa

- 2014 “*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* e Direito tributário ou a Insustentável Indolência de um Acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, in *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Volume LVII, Tomo I, 2014, (pp. 385-451).

ANDRADE, Tiago da Costa

- 2017 “*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”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VIII, número 31, julho/setembro 2017, (pp. 179-214).

BASUALTO, Héctor Hernández

- 2015 ¿Derecho de las personas jurídicas a no *auto-incriminarse*? [*Do Legal Persons have the Right not to incriminate themselves?*], in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (Valparaíso, Chile, 1.º semestre de 2015), (pp. 217-263).

BOLINA, Helena

- 2012 “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no Mercado dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, números 11/12, julho-dezembro 2012, (pp. 383-427).

BRANDÃO, Nuno

- 2007 “Questões contraordenacionais suscitadas pelo novo Regime Legal da Mediação de Seguros”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 1.
- 2016 *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora.

- 2017 “O direito contra-ordenacional económico na era da regulação”, in Universidade do Minho (pp. 87-118), disponível <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/47854>.
- BRAVO, Jorge dos Reis
- 2018 “Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal”, in *Revista do Ministério Público* 155, julho-setembro de 2018 (pp. 23-67).
- DIAS, Augusto da Silva & RAMOS, Vânia Costa
- 2009 *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge
- 1988-9 *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge & COSTA ANDRADE, Manuel
- 2009 Parecer, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, pp. 17-61.
- KHANNA, Vikramaditya S.
- 2004 “Corporate Defendants and the Protections of Criminal Procedure: Na Economic Analysis”, in *Law & Economics Working Papers Archive 2003-2009*, University of Michigan Law School, 2004 (pp. 1-50), disponível em <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers.htm>.
- LOSCHIN, Lynn
- 1997 “Comment: A Comparative La Approach to Corporation and the Privilege Against Self-Incrimination”, in *University of California Davis Law Review*, vol. 30, issue 1, (pp. 247 e ss.), in https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/30/1/comment/DavisVol30No1_Loschin.pdf.
- MARTINHO, Helena Gaspar
- 2010 “Direito ao silêncio na jurisprudência comunitária”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, janeiro-março, pp. 145-174.
- MENDES, Paulo de Sousa
- 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 I, número 1, janeiro-março, pp. 121-144.
- 2012 “O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, números 11-12, julho-dezembro 2012, pp. 307-318.

MOLINÉ, Cid

- 1996 “Garantias y Sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, in *Revista de Administración Pública*, Núm. 140, pp. 131-172.

MONTEIRO, Cristina Libano

- 2018 Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, in *Revista do Ministério Público*, ano 155, julho/setembro, pp. 97-107.

MOURA E SILVA, Miguel Moura e

- 2018 *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa.

OLIVEIRA E Silva, Sandra

- 2018 *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, Almedina.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa

- 2009 Parecer, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina.

RAMSAY, Ross

- 1992 “Corporations and the privilege against self-incrimination”, in *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 15(1), pp. 297-312.

RAMOS, Vânia Costa

- 2007 «Corpus Juris 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 I, número 1, janeiro-março, pp. 175-198.

SALAS, Jaime Couso

- 2006 *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SILVA DIAS, Augusto

- 2018 *Direito das Contra-ordenações*, Almedina.

WILS, Wouter

- 2003 “Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement – A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, vol. 26, n.º 4.