



Universidades Lusíada

Belchior, Marta Filipa Pinto, 1986-

O direito ao silêncio e a utilização de provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro

<http://hdl.handle.net/11067/3623>

Metadados

Data de Publicação

2017

Resumo

O respeito pelas garantias de defesa é um dos pilares basilares do direito processual penal português. Porém, se é indubitável que o respeito pelas garantias de defesa é fundamental, não podemos jamais olvidar que os direitos de defesa são, não raras vezes, sacrificados em prol de diligências de prova que visam a descoberta da verdade material dos factos. A essencialidade quer do direito de defesa, quer do princípio da descoberta da verdade material coloca-nos perante um relacionamento complexo ...

Palavras Chave

Silêncio (Direito) - Portugal, Defesa (Processo penal) - Portugal, Instituições financeiras - Supervisão do Estado - Portugal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:17:22Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O direito ao silêncio e a utilização das provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro

Realizado por:
Marta Filipa Pinto Belchior

Orientado por:
Prof.^a Doutora Ana Barbara Pina de Moraes de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Barbara Pina de Moraes de Sousa e Brito
Arguente: Prof. Doutor Rui Filipe Soares Pereira

Dissertação aprovada em: 24 de Novembro de 2017

Lisboa

2017



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O direito ao silêncio e a utilização das provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro

Marta Filipa Pinto Belchior

Lisboa

Junho 2017



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O direito ao silêncio e a utilização das provas
recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em
processos de contra-ordenação da competência das
entidades de regulação e supervisão do sector
financeiro

Marta Filipa Pinto Belchior

Lisboa

Junho 2017

Marta Filipa Pinto Belchior

O direito ao silêncio e a utilização das provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof. Doutora Ana Barbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Junho 2017

Ficha Técnica

Autora Marta Filipa Pinto Belchior
Orientadora Prof. Doutora Ana Barbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título O direito ao silêncio e a utilização das provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro
Local Lisboa
Ano 2017

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

BELCHIOR, Marta Filipa Pinto, 1986-

O direito ao silêncio e a utilização das provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro / Marta Filipa Pinto Belchior ; orientado por Ana Barbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2017. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - BRITO, Ana Barbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Silêncio (Direito) - Portugal
2. Defesa (Processo penal) - Portugal
3. Instituições financeiras - Supervisão do Estado - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Silence (Law) - Portugal
2. Defense (Criminal procedure) - Portugal
3. Financial institutions - State supervision - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ4630.D43 B45 2017

Aos meus pais, que sempre me acompanharam, apoiaram e incentivaram a ser melhor e a fazer mais. Por sempre acreditarem em mim. Pelo seu Amor incondicional.

À minha irmã e aos meus sobrinhos, que trazem alegria à minha vida e me inspiram.

Aos meus queridos avós, por serem um grande exemplo. Pela sua força e determinação.
Por serem um orgulho.

Aos meus amigos, que sempre me encorajaram quando parecia que já não conseguia mais. Pelos sorrisos, pelas gargalhadas, pelas lágrimas partilhadas.

Ao Dr. João Raposo, que apostou em mim, que confiou e que nunca me deixou duvidar das minhas capacidades. Pelo seu trabalho. Pela sua ajuda. Pela sua infinita disponibilidade para ensinar. Pela sua dedicação.

À Professora Doutora Bárbara de Sousa e Brito, por ter aceitado ser minha orientadora e me ter acompanhado nesta longa caminhada. Pela sua doçura. Pela sua compreensão e vontade de ver os seus alunos vingar.

À Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

NOTA: a presente dissertação não foi elaborada ao abrigo do novo acordo ortográfico.

Índice

Parte I – Noções introdutórias e parte geral	10
Introdução.....	10
O princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> e a dimensão do direito ao silêncio	13
2.1. Conteúdo e significado do princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	13
2.2. Origem e evolução histórica do princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	19
2.2.1. A importância do <i>ius commune</i> na construção do princípio	19
2.2.2. A mudança dos modelos do processo penal.....	20
2.2.3. O <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> e a Constituição norte-americana.....	24
2.2.4. O <i>nemo tenetur</i> no direito português	27
Consagração do princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> no ordenamento jurídico português: fontes legais e natureza do <i>nemo tenetur</i>	30
3.1. O <i>nemo tenetur</i> no direito internacional.....	30
3.1.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem	30
3.2. O <i>nemo tenetur</i> no direito nacional.....	33
3.2.1. A Constituição da República Portuguesa (CRP)	33
3.2.2. Processo justo e equitativo: art.º 20º, nº 4 e art.º 32º, nº 1 da CRP	37
3.2.3. Princípio da presunção da inocência: art.º 32º, nº 2 da CRP	38
3.2.4. Da (não) aplicabilidade em processo contra-ordenacional do nº 1 e nº 10 do art.º 32º da CRP – o caso particular do direito à não auto-incriminação	39
3.2.5. As correntes processualista e substantivista e os regimes de protecção constitucional dos direitos fundamentais	42
3.2.6. O Código de Processo Penal	43
Âmbito de aplicação do <i>nemo tenetur</i>	45
4.1. Âmbito de validade normativo	45
4.2. Âmbito de validade temporal	47
4.3. Âmbito de validade subjectivo	50
4.4. Âmbito de validade material/objectivo	53
Do direito ao silêncio	55
5.1. O direito ao silêncio e o dever de colaboração.....	58
5.2. O direito ao silêncio e o dever de advertência.....	62
5.3 Valoração fáctica do silêncio	65
Direitos absolutos? Afectações e pressupostos	67
Breves referências à valoração da prova: consequências da violação do <i>nemo tenetur</i>	72

Parte II – Direito ao silêncio e deveres de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro: a utilização processual dos elementos obtidos.....	74
O corpo jurídico de regulação da economia	74
1.1. Contexto evolutivo	74
1.2. As entidades reguladoras: definição, características e fins prosseguidos	79
1.3. Tipologia dos poderes da regulação.....	83
2. Do processo contra-ordenacional da competência das entidades de regulação e de supervisão do sistema financeiro	86
2.1. Os conceitos de regulação e supervisão	86
2.2. A supervisão e os poderes sancionatórios	87
2.3. Os deveres de colaboração das entidades supervisionadas	93
3. O conflito entre os deveres de colaboração e o direito ao silêncio: utilização das provas em processo de contra-ordenação	96
3.1. O que é prova proibida?	103
Parte III – Conclusões	107
Parte IV – Bibliografia	110

PARTE I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E PARTE GERAL

1. INTRODUÇÃO

O respeito pelas garantias de defesa é um dos pilares basilares do direito processual penal português. Porém, se é indubitável que o respeito pelas garantias de defesa é fundamental, não podemos jamais olvidar que os direitos de defesa são, não raras vezes, sacrificados em prol de diligências de prova que visam a descoberta da verdade material dos factos. A essencialidade quer do direito de defesa, quer do princípio da descoberta da verdade material coloca-nos perante um relacionamento complexo e delicado, que exige uma ponderação de valores. Esta ponderação, difícil desde logo pela diversidade de problemas jurídicos que se levantam, não deve ser feita de modo linear, pois um justo balanceamento de valores impede que um valor exclua, sem mais, o outro. A relação que se estabelece entre os direitos de defesa e o princípio da verdade material deve pautar-se por uma flexibilidade que se destine à aplicação equilibrada do direito, evitando-se soluções demasiadamente rígidas e cegas que desconsideram os conflitos existentes.

Na presente dissertação, que pese embora não almejando, nem podendo na verdade, esgotar um assunto tão debatido e que exige um esforço contínuo de uniformização de soluções, damos conta de um tema cada vez mais actual e cada vez mais carecido de aprofundamento jurídico, a saber, o direito ao silêncio e a utilização das provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração em processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sector financeiro. Mais concretamente, aquilo que procuramos ao longo destas páginas que se seguem é dar uma resposta ao conflito existente entre os deveres de colaboração dos agentes supervisionados e o seu direito ao silêncio, no sentido de saber o que é prova proibida nos processos de contra-ordenação da competência daquelas entidades.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é o objecto principal deste trabalho; objecto esse que, pouco a pouco, desmembramos em dois vectores principais: o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. Aquele sobre o qual nos debruçamos é o direito ao silêncio, não só porque entendemos que o seu conteúdo e o seu âmbito de aplicação devem ser bem determinados, uma vez que vem sendo corrente a confusão da dimensão do silêncio com a entrega de elementos auto-

incriminatórios, mas também porque cremos ser necessário perceber o real e verdadeiro alcance do direito ao silêncio para o podermos articular com os meios de obtenção de prova em processo sancionatório (penal e contra-ordenacional). Com efeito, é esta articulação que possibilita dar uma resposta à questão controversa da utilização dos meios de prova obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração a que os agentes supervisionados estão obrigados, no quadro regulatório do sistema financeiro, em processo de contra-ordenação. O que é, então, prova proibida no quadro dos processos contra-ordenacionais da competência das entidades de regulação e de supervisão? Esta é a pergunta a que procuramos responder na presente dissertação. Para chegarmos a bom porto, o nosso trabalho divide-se em dois capítulos principais: uma parte geral e uma parte especial, dedicada à questão em particular.

Numa primeira fase, tentamos fornecer ao leitor todos os elementos essenciais para uma boa compreensão do *nemo tenetur* e das suas ramificações. Para tanto, fazemos um breve esclarecimento sobre o conteúdo e significado do princípio e percorremos a história em busca das suas raízes, para depois o identificarmos tanto ao nível das fontes supranacionais de direito, como ao nível das fontes internas de direito. Seguidamente, ocupamos algum tempo a analisar com algum pormenor o âmbito de aplicação do *nemo tenetur* que, pela sua complexidade, acreditamos ser fundamental. Posteriormente, entramos, em concreto, na dimensão do direito ao silêncio, tentando de um modo geral, e nunca exaustivo, abordar o seu conteúdo, a sua articulação com o dever de colaboração e com o dever de advertência, a sua valoração fáctica e as restrições a que está sujeito, por não ser, como aliás nenhum direito é, absoluto.

Num segundo momento, começamos por revisitar o passado e fazemos uma breve resenha histórica sobre a evolução do mercado e das ideologias que o acompanharam, desde o liberalismo económico até ao Estado regulador. Seguindo a mesma linha, trazemos à colação as entidades reguladoras independentes, caracterizando-as e definindo os seus poderes. São precisamente estes poderes das autoridades administrativas que nos dão o mote para introduzirmos a supervisão, enquanto poder de controlo e vigilância, e os poderes sancionatórios. É da análise da função de supervisão que podemos perceber a existência de deveres de colaboração, enquanto garantia de eficácia daquela actividade supervisora. No âmbito dos deveres de colaboração, abordamos o conflito existente com o direito ao silêncio e expomos as teses existentes sobre a sua articulação possível. Ou seja, partindo dos deveres de colaboração a que as entidades supervisionadas estão obrigadas, analisamos as várias teses doutrinárias, e alguma jurisprudência, que propõem diferentes soluções

para a questão em causa. No fundo o que se pretende saber é se as provas obtidas ao abrigo daqueles deveres podem ser utilizadas em processo de contra-ordenação, no quadro regulatório, tendo em conta o seu conflito com as garantias de defesa do arguido. De nossa parte, defendemos que esses elementos não só podem como devem ser utilizados em processo contra-ordenacional para sancionar o infractor, tendo sempre presente que o direito ao silêncio não é posto em causa. O que acontece, na verdade, é uma compressão do *nemo tenetur se ipsum accusare*, já que o direito ao silêncio mantém a sua força, mas o direito à não auto-incriminação não, pois se tal acontecesse, estaríamos a retirar sentido útil à actividade de supervisão e aos próprios deveres de colaboração. É no equilíbrio que nasce a resposta à pergunta sobre o que é prova proibida nestes processos contra-ordenacionais da competência das entidades de regulação e de supervisão, propugnando-se que só será prova proibida aquilo que integrar o conteúdo do direito ao silêncio, que abarca tão-só as declarações, independentemente da forma que estas tomam.

Esta é uma dissertação que, para qualquer pessoa interessada, aborda um tema aliciante e que convida a reflexões várias. Com esta obra, temos um duplo objectivo: por um lado, queremos fornecer elementos de reflexão e, por outro lado, desejamos que a diversidade de regimes possa ser ultrapassada, servindo este nosso pequeno trabalho para dar mais um contributo no sentido na uniformização dos regimes jurídicos de mera ordenação social no quadro regulatório.

Assim, esperamos e desejamos uma boa leitura do nosso trabalho, com a atenção que, em nossa opinião, merece.

2. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* E A DIMENSÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

2.1. CONTEÚDO E SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

O presente capítulo trata de duas questões de tratamento aparentemente fácil. No entanto, como muitas vezes sucede, aquilo que se afigura simples à primeira vista pode esconder uma complexidade imensa. Com efeito, o significado do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*¹ depende do seu conteúdo e esse não está determinado em termos exactos, ou pelo menos não tão exactos como seria desejável². Com isto queremos dizer que não existe consenso em relação a alguns aspectos relevantes e que nos levam à formulação de três grandes perguntas. A saber:

1. O *nemo tenetur* encerra em si o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, ou o direito à não auto-incriminação “abraça” o direito ao silêncio ao ponto de um e outro se confundirem e serem a mesma coisa? De outra forma, quando falamos de direito ao silêncio e de direito à não auto-incriminação, a que é que nos estamos a referir concretamente?
2. No que concerne à não auto-incriminação forçada, devemos falar num direito ou num privilégio?
3. Ainda sobre a auto-incriminação: devemos fazer a distinção entre auto-incriminação e auto-inculpação? Ambas têm o mesmo significado ou uma é mais correcta do que a outra?

Face ao supra exposto, cumpre agora responder às interrogações formuladas.

Não raras vezes se fala indistintamente de direito à não auto-incriminação e de direito ao silêncio, como se fossem sinónimos e representassem uma mesma realidade³.

¹ São igualmente utilizadas outras expressões latinas para designar o mesmo princípio, tais como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur se detegere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur detegere turpidunem suam*, *nemo testis se ipsum* ou *nemo tenetur*.

² Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 40.

³ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Nº 11/12 (Julho-Dezembro 2012), Lisboa, p. 326. Veja-se ainda a este respeito a seguinte

Ora, tal não é correcto. A fórmula latina *nemo tenetur se ipsum accusare* significa, na sua letra, que “ninguém é obrigado a acusar-se” e traduz-se numa ideia muito singela e clara: o arguido não está obrigado a contribuir para a sua auto-incriminação, não recaindo, em princípio⁴, sobre ele qualquer dever de colaborar na descoberta da verdade material. Na verdade, o *nemo tenetur* é constituído por duas vertentes que densificam o seu conteúdo: a vertente do direito ao silêncio e a vertente do direito à não auto-incriminação⁵. Estes dois vectores, pese embora estejam incidivelmente ligados, não se reportam à mesma realidade. Se, por um lado, o direito à não auto-incriminação se traduz no direito do arguido a não fornecer ou ceder informações ou elementos que o desfavoreçam⁶, na medida em que podem contribuir para a sua incriminação, por outro lado, o direito ao silêncio “apenas abarca a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados”⁷. Sobre este aspecto urge tecer algumas considerações, pese embora se

passagem do Ac. TRE, de 30/09/2009, que sugere uma sinonímia: “O privilégio contra a auto-incriminação ou direito ao silêncio significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória” (cfr. Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito*, in Prova criminal e direito de defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal (coordenação: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto), 6ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016, p. 104). Mais, *vide* sobre este assunto o Ac. do STJ de 01/05/2005, *maxime*, o ponto 5: “**O privilégio contra a auto-incriminação, ou direito ao silêncio**, significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória” (negrito e sublinhado nosso). Ainda sobre a frequente confusão entre o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, Manuel da Costa Andrade parece, com o devido respeito, conduzir-nos nesse sentido. Diz Costa Andrade que quando falamos do *nemo tenetur se ipsum accusare*, falamos obrigatoriamente da liberdade de declaração e de depoimento. Explica o autor que estas liberdades devem ser vistas numa dupla perspectiva: uma positiva e outra negativa. Pela positiva, a liberdade de declaração e de depoimento implica a garantia de que o arguido tem a oportunidade efectiva de se pronunciar quanto aos factos que lhe são imputados, em ordem a defender-se. Pela negativa, esta liberdade ganha a verdadeira estrutura do princípio *nemo tenetur*, *i.e.*, o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, pois o que se pretende é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em seu desfavor, provenha de uma vontade livre e esclarecida, assente num valor de auto-responsabilidade. Consequentemente, cremos que Costa Andrade funde os dois conceitos ao sugerir que o *nemo tenetur* se refere ao direito de não se auto-incriminar (apenas) através da palavra/pronúncia/declaração. Para mais desenvolvimentos, *vide* Andrade, Manuel da Costa – *Sobre as proibições da prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, reimpressão de 2006, pp. 120-122.

⁴ Dizemos “em princípio” porque, como veremos em pormenor mais adiante, nos processos de contra-ordenação da competência das entidades reguladoras e de supervisão existe um verdadeiro dever de colaboração dos supervisionados na descoberta da verdade material.

⁵ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 39.

⁶ Geralmente, quando falamos em fornecimento de informações, referimo-nos a elementos documentais, muitas vezes a coberto da reserva da vida privada, como os diários íntimos e a correspondência pessoal.

⁷ Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido – Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile?*, in Prova criminal e direito de defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal (coordenação:

regresse ao tema do direito ao silêncio mais à frente. Discutem-se na doutrina duas extensões do direito ao silêncio: a extensão maximalista e a extensão minimalista. Para a primeira, o direito ao silêncio refere-se não só às declarações, como também à obrigação de entrega de todo o tipo de documentos com conteúdo auto-incriminatório, assistindo-se a uma certa fusão entre direito ao silêncio e direito à não auto-incriminação. Para a segunda, o direito ao silêncio é interpretado restritivamente, limitando-se às declarações e apresentando-se como um corolário do direito à não auto-incriminação que, em *lato sensu* e como anteriormente referido, se manifesta no direito de não facultar quaisquer meios de prova para a sua própria incriminação. Efectivamente, acompanhamos a extensão minimalista do direito ao silêncio, ou seja, cremos que o direito ao silêncio não tem um significado tão abrangente que ultrapasse a simples declaração, cingindo-se a esta⁸. Assim, quando falamos de direito ao silêncio, falamos do meio de prova por via das declarações do arguido sobre os factos que lhe são imputados. Consequentemente, podemos afirmar com alguma segurança que o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação são realidades autónomas e que, pese embora o direito ao silêncio constitua o núcleo essencial do *nemo tenetur*, este não se deve confundir com aquele⁹, na medida em que falar de direito ao silêncio e falar de direito à não auto-incriminação não é falar na mesma realidade jurídica. É facto que se ao arguido não fosse reconhecido o direito ao silêncio, impunha-se-lhe uma obrigação de se pronunciar sobre os factos e as informações prestadas

Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto), 6ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016, p. 109.

⁸ O direito ao silêncio abarca as declarações por meio de documentos, de indicações (como por exemplo, a indicação do lugar onde se encontra o meio de prova) e de uma qualquer actuação. Neste sentido, *vide* Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido ...* pp. 108-109. Veja-se também Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 21: “Expressão oral, escrita e gestual são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a auto-incriminação”. Ainda sobre o direito ao silêncio, consulte-se Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação ...* p. 326: “(...) num sentido mais amplo, entendemos que ele pode integrar ainda e, pelo menos, as declarações por meio de documento que tenham o mesmo efeito incriminatório, dado que também são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar para efeitos de não autoincriminação”. Explica a autora que “se deve proceder a uma interpretação teleológica daquele direito, por forma a não fazer depender a invocação do direito ao silêncio dos meios utilizados como forma de declaração, mas dos fins que pretende alcançar e dos interesses que são postos em causa, sob pena de estes expedientes serem utilizados como forma de contornar um direito fundamental dos cidadãos”. Em suma, o direito ao silêncio abrange todo o tipo de declarações, independentemente da sua forma (verbal, escrita ou gestual). No direito ao silêncio não interessa a forma, mas sim o conteúdo: não interessa se é escrito, verbal ou gestual, o que importa é que exista um conteúdo declarativo.

⁹ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 21.

poderiam, eventualmente, contribuir para a sua condenação¹⁰. Contudo, sustentar que o direito a não ser obrigado a fornecer prova contra si mesmo integra o conteúdo do direito ao silêncio não se afigura correcto; esse é o conteúdo do direito à não auto-incriminação. Cremos que o direito ao silêncio, enquanto manifestação do direito à não auto-incriminação, se isolou, autonomizando-se, devido à sua importância histórica e ao peso que a palavra tem e sempre teve¹¹, principalmente se tivermos presente que a confissão sempre foi apelidada de rainha das provas. Ora, ao ganhar uma consagração jurídica própria¹², o direito ao silêncio tem de ter, obrigatória e logicamente, um conteúdo diverso do direito à não auto-incriminação. Deste modo, parece-nos correcta a seguinte distinção: tudo aquilo que se traduzir numa declaração, independentemente da forma que assuma, integra o conteúdo do direito ao silêncio; já tudo aquilo que não consubstanciando uma declaração signifique ainda um contributo do arguido para a prova da infracção que lhe é imputada, integra o conteúdo do direito à não auto-incriminação¹³. São estes os dois vectores do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que o densificam e definem; os dois vectores autónomos e que se complementam, sem se confundirem. Por conseguinte, a resposta à primeira pergunta é: o *nemo tenetur* encerra em si o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, não se devendo falar indistintamente em direito ao silêncio e em direito à não auto-incriminação.

Relativamente à segunda pergunta, já se antevê qual a posição por nós adoptada: acreditamos que é mais simples e gerador de menos equívocos falar na existência de um direito à não auto-incriminação do que de um privilégio. Se nos socorrermos do significado técnico-jurídico dos conceitos de direito e de privilégio perceberemos o porquê desta nossa opção. Quando falamos num direito, temos presentes duas acepções: o direito objectivo e o direito subjectivo. O direito objectivo define-se como um conjunto de regras jurídicas, gerais e abstractas, dotadas de coercibilidade e que visam disciplinar as relações inter-subjectivas e sociais dentro de uma determinada

¹⁰ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 38.

¹¹ Temos algumas reservas quanto ao peso futuro da palavra, uma vez que, por exemplo, as análises de ADN se lhe sobrepõem, valendo mais do que mil palavras.

¹² O Tribunal Constitucional já veio associar, no seu Ac. nº 372/98, o direito ao silêncio à norma do art. 61º, nº 1, alínea d) do Código de Processo Penal.

¹³ No mesmo sentido, Frederico de Lacerda da Costa Pinto defende que “o direito ao silêncio abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder” (cfr. Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 95).

comunidade¹⁴. Por sua vez, o direito subjectivo traduz-se num poder ou faculdade, advindo do direito objectivo, de que as pessoas dispõem e que, por norma, se destina à realização de um interesse juridicamente relevante¹⁵. Assim, enquanto norma jurídica geral e abstracta, o direito aplica-se a todas as pessoas que constituem uma determinada comunidade, concentrada num certo espaço, e que estejam perante um acontecimento previsto no dispositivo legal. Se atentarmos ao significado de privilégio, verificamos que difere do significado de direito na medida em que aquele se exprime numa condição ou vantagem atribuída a uma pessoa ou a um grupo em comparação com os demais. Pense-se no caso dos privilégios creditórios, em Direito Civil. Um privilégio creditório é “um direito que a lei reconhece a um credor, em atenção à causa do seu crédito, de ser pago preferentemente aos restantes credores”¹⁶. Portanto, dir-se-á que um privilégio é o direito de alguns. Ora, o privilégio não deixa de ser um direito. Logo, se o privilégio é em si mesmo um direito, pese embora só seja reconhecido a alguns, devemos evitar a multiplicação de conceitos, por maior exactidão que exprimam, sob pena de gerarmos alguma confusão no nosso discurso. De facto, existe um pré-conceito na nossa cultura jurídica que nos leva a falar em “direito à não auto-incriminação” e não em “privilégio contra a auto-incriminação”. Cremos que esta última expressão foi mais produto da importação de uma tradição anglo-saxónica. Mais, em nossa defesa invocamos o facto de ilustres autores, como por exemplo Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹⁷, falarem indistintamente em direito à não auto-incriminação e em privilégio à não auto-incriminação. Assim, optamos por falar em direito à não auto-incriminação, pois se, por um lado, é o conceito dominante em sede de Direito Penal, por outro lado, evitamos que o leitor se perca e se questione sobre o conteúdo de um e de outro conceito, quando na prática nos estamos a referir à mesma realidade jurídica.

Por último, cumpre distinguir auto-incriminação de auto-inculpação. Esta diferenciação ganha particular relevo num momento em que parte da doutrina começa, cada vez mais, a falar em direito à não auto-inculpação e não apenas em direito à não auto-incriminação. Para esta vertente doutrinária, o direito à não auto-incriminação é

¹⁴ Prata, Ana (com a colaboração de Jorge Carvalho) – *Dicionário Jurídico*, volume I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 498.

¹⁵ Prata, Ana (com a colaboração de Jorge Carvalho) – *Dicionário Jurídico* ... p. 498.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1128.

¹⁷ A este respeito diga-se que Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, que costumam ter ideias muito próprias e até um pouco diversas da opinião da maioria, se referem, também eles, a um direito contra a auto-incriminação (cfr. Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação* ... nota de rodapé nº 37, p. 19.)

tomado como espécie do género do direito à não auto-inculpação¹⁸. Explicam os autores que o direito à não auto-incriminação respeita a um direito que o arguido tem de não colaborar para a sua qualificação enquanto autor do crime de que é acusado. No concernente ao direito à não auto-inculpação, este toma um significado mais amplo ao referir-se ao direito que ao arguido é reconhecido de não contribuir para a declaração ou pronúncia da sua culpa¹⁹. Como o direito à não auto-inculpação trata da questão da culpa e não da questão da autoria de um crime, dir-se-á que aquele tem aplicação tanto no âmbito penal quanto no domínio contra-ordenacional, reforçando, ademais, a ideia da vigência do *nemo tenetur* em todo o direito punitivo. Por conseguinte, só fará sentido fazer menção ao direito à não auto-incriminação quando se estiver expressamente a referir ao Direito Penal²⁰. Com o devido respeito, consideramos esta distinção desnecessária. Cingir o direito à não auto-inculpação à culpa e o direito à não auto-incriminação à existência de um crime parece-nos reduzir as palavras ao seu significado mais imediato, para além de só gerar o aparecimento de mais conceitos que pouco acrescentam. Para nós, o direito à não auto-incriminação deve ser lido de modo mais alargado e deve manter o seu significado já largamente consolidado, ou seja, o direito de que o arguido se pode fazer valer para recusar fornecer elementos que o possam desfavorecer no quadro de um processo sancionatório (tenha este natureza criminal ou contra-ordenacional).

¹⁸ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* nota de rodapé nº 37, p. 19.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

2.2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

2.2.1. A IMPORTÂNCIA DO *IUS COMMUNE* NA CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem a sua origem na tradição anglo-saxónica²¹. No entanto, é curioso verificar que o supra citado princípio é, na realidade, mais fruto da experiência europeia do que da antiga *common law* inglesa²². Pese embora se reconheça o peso e a importância que o brocardo latino tem na história do sistema jurídico da *common law*, a verdade é que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* foi introduzido naquele ordenamento através do estudo, interpretação, assimilação e aplicação do *ius commune*²³. Dito de outra forma, o *nemo tenetur* é associado à tradição anglo-saxónica, mas esta mais não fez do que publicitar um princípio já antes problematizado no “sistema normativo de fundo jurídico que se consolidou com os comentadores e constituiu a base da experiência jurídica europeia até aos fins do século XVIII”²⁴. Este *ius commune*, também apelidado de direito comum ou geral, foi durante os séculos XII e XIII a principal fonte de direito na Europa, abrangendo não só o sistema romanístico, mas também, e em especial, o sistema canónico, enquanto “conjunto de normas jurídicas que disciplinam as matérias da competência da Igreja Católica”²⁵. Com efeito, o direito comum foi frequentemente aplicado nos tribunais ingleses durante os séculos XVI e XVII, sendo certo que foi aí e nessa época que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* renasceu²⁶, através do

²¹ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação* ... p. 38.

²² Helmholtz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune*, 65 *New York University Law Review* 962, 1990, p. 967, disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2492&context=journal_articles&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.pt%2Fsearch%3Fq%3Drichard%2Bh.%2Bhelmholtz%2Borigins%2Bof%2Bthe%2Bprivilege%26client%3Dsafari%26rls%3Den%26oq%3Drichard%2Bh.%2Bhelmholtz%2Borigins%2Bof%2Bthe%2Bprivilege%26gs_l%3Dheirloom-serp.3...3743.21613.0.22159.25.14.0.11.0.0.187.1357.12j2.14.0....0...1ac.1.34.heirloom-serp..12.13.1272.QEBZybV9zcs#search=%22richard%20h.%20helmholtz%20origins%20privilege%22, consultado em 24 de Outubro de 2016.

²³ *Ibidem*, p. 990.

²⁴ Costa, Mário de Almeida (com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos) – *História do Direito Português*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 285.

²⁵ *Ibidem*, p. 273.

²⁶ Afirmamos que o *nemo tenetur* renasceu, uma vez que o princípio já aparecia contemplado nos textos medievais fundamentais de direito canónico, como é o caso da *glossa ordinaria* das *Decretais* do Papa Gregório IX: “*Sed contra videtur quod non teneatur respondere quia nemo tenetur prodere se*” (“Por outro lado, parece que ele não pode ser forçado a responder, uma vez que ninguém é obrigado a trair-se a si próprio” – tradução nossa). No mesmo sentido, escreveu Inocêncio IV e Panormitanus. Para mais

trabalho hermenêutico dos advogados britânicos, que se socorreram do *ius commune* para invocar o direito a não responder coercivamente a perguntas incriminatórias²⁷. A oposição ao juramento *ex officio*²⁸ começou, pois, a ganhar contornos significativos, com a recusa frequente dos arguidos²⁹ a prestar o juramento. Assim, e com a devida vênia, cremos que seria mais rigoroso dizer que o *nemo tenetur* teve as suas origens na tradição europeia do *ius commune*. História é história e não pretendemos, de modo algum, desdizer os factos. O que se pretendeu foi sim acrescentar mais alguns elementos, em nossa opinião, curiosos que permitem ir mais além no conhecimento das origens do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Mais, com estes pequenos “preciosismos” históricos procurámos valorizar a experiência jurídica europeia que, como ficou provado, teve um contributo importante na construção do sistema jurídico da *common law*.

2.2.2. A MUDANÇA DOS MODELOS DO PROCESSO PENAL

Analisada a génese do *nemo tenetur*, cumpre agora indagar sobre o seu propósito. Entre meados do século XVI e início do século XVII, mais especificamente durante o reinado da Rainha Elizabeth I, o juramento *ex officio* era assaz utilizado nos tribunais eclesiásticos em Inglaterra como forma de punir as ofensas praticadas contra as leis da Igreja. O principal alvo deste procedimento eram os Puritanos e os Católicos que

desenvolvimentos, veja-se Helmholz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... pp. 967-969.

²⁷ Helmholz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... pp. 962-964.

²⁸ O juramento *ex officio* era muito utilizado pelos tribunais eclesiásticos que obrigavam, em particular, os suspeitos de heresia a prestar juramento da sua inocência perante o tribunal, tendo estes de responder a todas as perguntas com honestidade, sob pena de serem considerados culpados por Deus e serem severamente punidos, já que sobre os acusados recaía um enorme dever de verdade. O objetivo último do juramento *ex officio* era a confissão, muitas vezes alcançada com recurso à tortura. Saliente-se que o juramento fazia parte de um processo criminal de estrutura inquisitória, que consistia num inquérito feito pelas autoridades eclesiásticas sobre as crenças e práticas religiosas dos acusados, sem qualquer tipo de acusação formal. De modo mais desenvolvido, veja-se Langbein, John H. – *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, Faculty Scholarship Series, Paper 550, 1994, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1539&context=fss_papers, consultado em 26 de Outubro de 2016; Helmholz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... pp. 964 e ss.

²⁹ O designativo “arguido” será utilizado neste capítulo em sentido amplo e tecnicamente impróprio, podendo surgir ao longo do texto as palavras “arguido”, “acusado”, “suspeito” ou “imputado” para nos referirmos a uma mesma realidade. Tal não nos parece levantar problemas de maior, porquanto há sempre a possibilidade de o suspeito se converter em arguido e, depois, porque abrange tanto o acusado como o pronunciado. Daqui resulta que do arguido só interessa distinguir o condenado ou o absolvido. Sobre esta questão, veja-se Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito* ... nota de rodapé nº 2, p. 118.

se opunham ao Anglicanismo e às suas regras³⁰. Por conseguinte, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* surgiu como uma “forma de reacção a procedimentos inquisitórios que transformavam o arguido em instrumento da sua própria condenação”³¹. Consequentemente, é no século XVII que o *nemo tenetur* se começa a afirmar, com a progressiva transição para um processo penal de estrutura acusatória, produto dos esforços permanentes, da resistência e da constante disputa, em primeira linha, dos Puritanos contra os modos de actuação dos Anglicanos. Por regra, os acusados eram considerados culpados e, obviamente, culpados de práticas hereges e não conformes com os cânones da Igreja Anglicana. Perante esta perseguição, os Puritanos reagiram e, por volta dos anos 1630, a máxima do *nemo tenetur* já era utilizada nos tribunais eclesiásticos, como negação de submissão ao juramento *ex officio*³².

Como supra exposto, o *nemo tenetur* ganha relevo e força na transição de um processo penal de estrutura inquisitória para um processo penal de estrutura acusatória. Analisemos com algum pormenor o porquê de tal acontecimento. Apoiando-se sempre na experiência europeia do *ius commune*, abraçada agora pela *common law*, os acusados invocavam, em especial, quatro razões para se oporem ao juramento *de veritate dicenda*³³:

- a) Em primeiro lugar, argumentavam os arguidos que o juramento era inválido por inexistência de acusação, ou seja, baseavam-se no princípio *nemo punitur sine accusatore*³⁴, de matriz romana³⁵. No sistema inquisitório, o juiz investiga officiosamente, sem necessidade de acusação e julga com base nas provas que recolhe livremente. O juiz é “o *dominus* do processo e o suspeito é objecto e não sujeito do processo”³⁶. Diga-se, pois, que o arguido fica numa posição extremamente vulnerável e completamente submetido ao poder do juiz.
- b) Um segundo aspecto apontado era a perversão do sistema de justiça. Alegavam os arguidos que permitir a prática de juramentos *ex officio* num processo penal no qual não é necessária acusação, representava uma clara e

³⁰ Helmholtz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... p. 965.

³¹ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 37.

³² Langbein, John H. – *The Historical Origins of the Privilege* ... p. 1073.

³³ Expressão pela qual também era conhecido o juramento *ex officio*.

³⁴ “Ninguém é punido sem acusação”.

³⁵ Helmholtz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... p. 975.

³⁶ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português*, Volume I, 7ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 64.

intolerável perversão da justiça³⁷, uma vez que, como é facilmente deduzível, o juiz jamais conseguiria manter a independência e a imparcialidade exigidas. Esta crítica levou, paulatinamente, à imposição de um sistema acusatório caracterizado por “ser uma disputa entre duas partes (...), disciplinado por um terceiro, o juiz ou tribunal, que, ocupando uma posição de supremacia, independência e imparcialidade relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo (...), nem condenar para além da acusação (...)”³⁸. Saliente-se que no sistema inquisitório a garantia da pessoa do acusado cedia perante a descoberta da verdade material e a defesa da sociedade.

- c) A terceira ordem de razão referida era a ruptura da ordem social, visto que permitir às autoridades públicas extorquirem os crimes de todos os homens e mulheres, muitas vezes fruto da *fama publica*, colocaria toda a comunidade em perigo de julgamento, não ficando ninguém imune à perseguição. Tal representaria uma invasão na esfera privada das pessoas, na qual o Estado não deve interferir³⁹.
- d) Finalmente, mencionavam os acusados que, como já tinham alertado os comentadores na sua época, a obrigação de prestar juramento e de responder, com verdade, a todas as perguntas feitas era um apelo ao perjúrio⁴⁰. Não podemos deixar de concordar que perante sanções tão pesadas, a tentação de não dizer a verdade era imensa. Enquanto “*regina probatorum*, a confissão podia ser obtida a todo o custo, o que teve como consequência a banalização do recurso a métodos de tortura”⁴¹. Estranho seria, pois, se não fossem confessados crimes nunca cometidos e se não fossem criadas realidades fictícias, que em nada coincidiam com a realidade cronológica dos factos. Ademais, diga-se que as confissões forçadas são menos fiáveis do que as confissões voluntárias.

Aos argumentos retro explanados, o *English Court of Hight Commission*⁴² respondeu, com base nos ensinamentos do *ius commune*, que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, à semelhança daquilo que se verifica actualmente, não era absoluto e, por

³⁷ Helmholtz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... pp. 975-976.

³⁸ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português* ... pp. 63-64.

³⁹ Helmholtz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... p. 982.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação* ... p. 327.

⁴² O *English Court of Hight Commission* foi um tribunal criado pela dinastia dos Tudor e era da sua competência ouvir e julgar as ofensas religiosas graves. Ao contrário dos outros tribunais eclesiásticos, este novo tribunal tinha o poder imediato de aplicar sanções, como a pena de prisão.

esse motivo, era susceptível de comportar exceções. A Alta Autoridade Anglicana defendia que se era do conhecimento público que um crime tinha sido cometido e se havia sérios indícios de que determinada pessoa o tinha cometido, então era do interesse público punir essa pessoa em conformidade, negando-lhe o direito de não responder às perguntas sobre o crime. Esta posição alicerçava-se nos comentadores civilistas, que acreditavam que conceder um carácter absoluto ao *nemo tenetur* só iria contribuir para paralisar o sistema penal⁴³. Evidentemente, para os acusados a posição das autoridades eclesiásticas configurava uma janela de oportunidade perfeita para justificar a obrigatoriedade do juramento *ex officio*. Podemos, deste modo, afirmar que começa aqui a grande querela que ainda perdura nos dias de hoje e que gera posições divergentes quer entre a doutrina, quer entre a jurisprudência. Note-se ainda que este argumento utilizado pelo *English Court of Hight Commission* vai ter uma enorme importância no desenvolvimento do nosso trabalho, na medida em que, em certas e determinadas situações, a máxima latina tem de ceder perante interesses e valores superiores, em prol do bom funcionamento e da realização da justiça, que é aliás uma das funções fundamentais do Estado. E é isso que iremos explicar adiante. No entanto, é importante salientar que o facto de apoiarmos o argumento de que o *nemo tenetur* não é um princípio absoluto e comporta exceções, não significa que estejamos de acordo com a forma como todo o processo penal decorria, nem com as sanções aplicadas na época. Como bem ensina Américo Taipa de Carvalho, o direito penal desta época “caracteriza-se pela sua desumanidade, crueldade, desigualdade social, arbitrariedade e, conseqüentemente, pela sua natureza exacerbadamente repressiva e intimidativa”⁴⁴. Porém, não podemos desmentir que não admitir restrições ao *nemo tenetur* só servirá para paralisar o sistema jurídico-penal. Como se constata, temos em mãos um tema delicado no qual é necessário que a balança da justiça esteja afinada e penda para o lado certo...o que nem sempre é fácil.

Em 1641, o Parlamento inglês aliou-se aos Puritanos e aboliu o *English Court of Hight Commission*, proibindo os tribunais eclesiásticos da prática do juramento *ex officio*. Estes acontecimentos são, ainda hoje, considerados dos maiores feitos na história jurídica e política de Inglaterra⁴⁵. Porém, pese embora já se estivesse a assistir a uma mudança de paradigma processual penal, a verdade é que na prática judicial o arguido continuava a testemunhar contra si mesmo e o seu silêncio continuava a contribuir

⁴³ Helmholz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination* ... pp. 983-984.

⁴⁴ Carvalho, Américo Taipa de – *Direito Penal, Parte Geral, 2ª Edição Reimpressão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 27.

⁴⁵ Langbein, John H. – *The Historical Origins of the Privilege* ... pp. 1073-1074.

para a apreciação da culpa do agente. Só mais tarde, já em pleno século XIX, é que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, compreendendo o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, se impôs. Tal só foi possível com o fortalecimento do sistema acusatório e das garantias processuais, nomeadamente com a consagração na lei do direito do arguido a defensor⁴⁶. O modelo acusatório implica uma isonomia processual, *i.e.*, “o processo deve estar estruturado em termos que permitam que a acusação e a defesa disponham de idênticas possibilidades de intervir no processo”⁴⁷. Ora, a atribuição de meios jurídicos igualmente eficazes exige, em nome da Justiça, que o arguido tenha conhecimento da tramitação processual e das consequências de todos os actos que pratica durante o processo. Daí que o arguido deva ser assistido pelo defensor, pois a “obrigatoriedade de defensor em certos actos do processo penal tem sobretudo uma função de garantia, de controlo da legalidade dos actos processuais e de assistência técnica ao arguido para que este possa estar bem informado dos seus direitos e deveres processuais e das consequências jurídicas dos seus actos”⁴⁸. A assistência obrigatória, produto da especial vulnerabilidade do arguido, vem então colocar a acusação frente a frente com o defensor e não com a pessoa do arguido e este facto representa uma conquista gigante, pois só “com o estabelecimento do direito à assistência de um advogado é que se tornou possível separar a função do arguido como meio de prova da sua posição como parte no processo”⁴⁹. Alguns anos mais tarde, o legislador decide impor ao juiz de instrução o dever de informar o arguido do seu direito ao silêncio, passando o arguido a estar devidamente advertido e esclarecido dos seus direitos.

2.2.3. O NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE E A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

A história do *nemo tenetur* nos Estados Unidos da América apresenta diferenças significativas em relação àquilo que sucedeu em Inglaterra. No período colonial, os americanos adoptavam e seguiam a tradição da *common law* em vigor no império

⁴⁶ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 37.

⁴⁷ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 70.

⁴⁸ *Ibidem ...* p. 72.

⁴⁹ Ramos, Vânia Costa – *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare* – Parte I, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, nº 108 (Outubro-Dezembro 2006), Lisboa, p. 138.

britânico, já com as manifestações claras da influência do *ius commune* na sua formação, como ademais já explicámos anteriormente. De facto, era do conhecimento geral que o recurso à tortura em busca de provas era proibido⁵⁰. Contudo, o clima económico-social vivido na América colonial, a menor densidade demográfica e a localização geográfica favoreciam práticas opostas aos princípios estruturantes da *common law*. Pese embora as razões de base não sejam aqui essencialmente de ordem religiosa, a verdade é que de um lado e de outro do oceano Atlântico os acusados, bem como as testemunhas, “eram tratadas de modo inapropriado”⁵¹. Ora, vejamos: o acesso à justiça, por regra, é caro e isso não era excepção na altura, sendo tanto mais caro quanto mais complexo fosse o sistema criminal adoptado. A intervenção do juiz no processo era algo que, por exemplo, aumentava as despesas com a justiça e tal não era, na óptica do governo colonial, benéfico, nem útil. Na realidade, como a densidade populacional da América colonial era tão baixa, os custos de manutenção de um sistema de justiça que fosse mais além do que a aplicação de castigos corporais não se justificava, até porque a construção de prisões era sinónimo de pagamento de impostos, o que desagradava à parte da população mais rica, uma vez que a maior parte dos condenados eram indigentes, estrangeiros ou escravos. Investir em infra-estruturas para aprisionar essas pessoas era, assim, considerado um desperdício de dinheiro. A isto acrescia ainda o facto de o território estar a uma longa distância da Coroa, o que aumentava exponencialmente o custo da justiça, com a deslocação das autoridades jurisdicionais de Inglaterra para a América. Finalmente, os constantes distúrbios da ordem pública exigiam medidas imediatas, eficazes a dar o exemplo e baratas; quer isto dizer que a solução estava numa justiça sumária, que não implicasse um processo muito moroso e que levasse a uma confissão através da tortura, a melhor maneira de poupar tempo e dinheiro⁵². Face a esta conjuntura, tudo era justificado e justificável, uma vez que a ordem e a segurança da comunidade

⁵⁰ Moglen, Eben – *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination*, in Michigan Law Review, Vol. 92, Nº 5 (Mar. 1994), pp.1086-1130 (p. 1129), disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1398&context=fss_papers&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.pt%2Fsearch%3Fq%3DDeben%2Bmoglen%2Btaking%2Bthe%2Bfifth%26client%3Dsafari%26rls%3Den%26hl%3Dpt-PT%26sa%3DX%26as_q%3D%26spell%3D1%26ved%3D0ahUKEwiYx9-ht7DQAhVG54MKHcLoAncQBQgQKAA#search=%22eben%20moglen%20taking%20fifth%22, consultado em 26 Outubro de 2016.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Moglen, Eben – *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins ...* pp. 1105-1111.

estavam em primeiro lugar⁵³. A justiça sumária de que falamos foi especialmente intensa no século XVIII e era apelidada de *accused speaks trial*⁵⁴.

Em finais do século XVIII, os movimentos independentistas trouxeram à tona discussões sobre sistemas jurídico-penais ancestrais que influenciaram grandemente o direito americano. Começou-se, então, a falar num novo processo criminal, a que chamaram *jury trial*⁵⁵. Concomitantemente, os americanos não só iniciaram a feitura de constituições que restabeleciam elementos da tradição da *common law*, como também inovaram no sentido de combater a tirania, *maxime*, com a expressa protecção do *nemo tenetur se ipsum accusare* na lei fundamental, com o objectivo último de conferir ao princípio imunidade às alterações legislativas⁵⁶. No decorrer deste esforço constitucionalista e independentista da América colonial, o art.º 8º da Declaração dos Direitos da Virgínia⁵⁷, de 1776, desempenhou um papel de relevo ao servir de base à redacção da V Emenda (*The Fifth Amendment*) da Constituição dos Estados Unidos da América⁵⁸, de 17 de Setembro de 1787, que representou a incorporação total do *nemo tenetur* no sistema jurídico americano. Com efeito, mais do que uma reforma revolucionária do sistema penal, a V Emenda representou um escudo protector, uma garantia inabalável contra eventuais desvios provenientes da prática jurídica. No entanto, à semelhança do que aconteceu em Inglaterra, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* só se consolidou com a entrada do defensor no processo. Por isso, a história do *nemo tenetur* na lei americana “não pode deixar de reconhecer a importância da entrada do defensor no processo criminal”⁵⁹. Igualmente fundamental para que o princípio se afirmasse foi o caso *Miranda vs. Arizona* (1966)⁶⁰, onde o *Supreme Court of the United States of America* veio a declarar o *nemo tenetur* como o

⁵³ Moglen, Eben – *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins ...* p. 1109.

⁵⁴ O *accused speaks trial* ignorava as regras da *common law* inspirada nos ensinamentos da experiência europeia do *ius commune*, considerava o *nemo tenetur* irrelevante e as principais características do processo passavam pela privação de defensor, impossibilidade de chamar testemunhas e negação de acesso às provas da parte contrária. Em suma, estamos perante uma total ausência de direitos de defesa.

⁵⁵ Ao contrário do *accused speaks*, o *jury trial* impunha a existência de um júri sobre o qual o juiz não tivesse nenhum tipo de controlo. Esta regra era tão sagrada que não admitia excepções e qualquer tentativa de a quebrar constituía uma violação grave da liberdade do sujeito.

⁵⁶ Moglen, Eben – *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins ...* p. 1129.

⁵⁷ “VIII That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers”, disponível em <http://www.heritage.org/initiatives/first-principles/primary-sources/virginia-declaration-of-rights?ac=1>, visualizado dia 7 de Novembro de 2016.

⁵⁸ “Amendment V: No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”, disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment, visualizado no dia 7 de Novembro de 2016.

⁵⁹ Moglen, Eben – *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins ...* p. 1130.

⁶⁰ Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>.

princípio basilar de um processo de estrutura acusatória, presente em todas as fases do processo e incindível dos deveres de esclarecimento e advertência sobre os direitos do arguido^{61 62}. De entre esses direitos, dá-se especial relevo ao direito ao silêncio, dispondo-se que a prova obtida em consequência da violação desse direito não podia ser usada contra o arguido. Com o passar dos anos, a jurisprudência foi contribuindo para a ampliação do alcance da V Emenda, sendo certo que ao arguido foi reconhecido o direito de não responder a perguntas impertinentes ou abusivas, à acusação foi negada a possibilidade de tecer quaisquer comentários sobre o silêncio do arguido e ao juiz foi proibido instruir o júri no sentido de conferir um determinado significado ao silêncio do arguido⁶³.

2.2.4. O NEMO TENETUR NO DIREITO PORTUGUÊS

Perante os acontecimentos históricos acabados de retratar e “à semelhança das suas congéneres europeias, também a doutrina portuguesa reconduz a origem do *nemo tenetur* no ordenamento nacional à tradição jurídica anglo-saxónica”⁶⁴. De facto, a mudança então operada quer em Inglaterra, quer na América colonial, ao nível da estrutura do processo penal, que passou de inquisitória a acusatória, foi uma manifestação da profunda reforma em curso, voltada para um acentuar das garantias de defesa do arguido, com o conseqüente reconhecimento da sua condição de sujeito processual e o conseqüente abandono da ideia de que este mais não era do que um objecto e instrumento da sua própria condenação. A nova forma de olhar o processo penal espalhou-se rapidamente, influenciando o Direito Português. Prova disso é o aparecimento muito antigo do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* na história do

⁶¹ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in Revista da Concorrência e Regulação ... pp. 327 e 328.

⁶² O caso *Miranda vs. Arizona* trouxe diversas inovações. Por um lado, destaca-se a aplicação da V Emenda não só à fase de julgamento, mas também às fases anteriores, incluindo aos interrogatórios policiais, com o objectivo de se garantir, durante o processo de inquirição, o direito de escolha entre falar ou permanecer em silêncio; por outro lado, destaca-se o surgimento dos *Miranda Rights*, cuja leitura, obrigatoriamente anterior ao momento da confissão, implicava a exigibilidade da comunicação ao arguido de que este tem direito a remeter-se ao silêncio, de que tem direito a um defensor e de que qualquer declaração que faça pode ser usada contra ele em tribunal. De modo mais desenvolvido vide Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido* ... pp. 100-104.

⁶³ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito* ... p. 119.

⁶⁴ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação* ... p. 9.

nosso ordenamento jurídico⁶⁵; ademais, atente-se ao parágrafo 11 do Título LIII do Livro III das Ordenações Filipinas⁶⁶, que já consagrava uma das modalidades daquele princípio: o direito ao silêncio⁶⁷. A questão do direito ao silêncio voltou a ser abordada um século mais tarde por Pascoal de Melo Freire, que teceu importantes considerações sobre a confissão voluntária do réu e a prestação de juramento. Para o autor, o réu deveria prestar juramento apenas no caso de querer confessar voluntariamente, não devendo, contudo, prestar juramento no que concerne às perguntas feitas pelo juiz⁶⁸. Melo Freire baseava-se nas supra referidas Ordenações Filipinas para escudar a sua posição, defendendo que o réu não devia ser constrangido a responder em interrogatório no processo criminal, sob pena de este se ver compelido a cometer perjúrio ou até mesmo a atentar contra a própria vida, confessando um crime que não tinha cometido⁶⁹ ⁷⁰. Também Duarte Nazareth se debruçou sobre o tema, repudiando o recurso à tortura física e à tortura moral para a obtenção de uma confissão ou de provas através das declarações do arguido. Duarte Nazareth deu especial atenção ao direito ao silêncio durante a vigência da Novíssima Reforma Judiciária⁷¹, de 1841, que consagrou o direito ao silêncio no ordenamento jurídico-criminal português, mas de modo muito genérico, vago e sem previsão de

⁶⁵ Dias, Augusto Silva – *O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Nº I (Janeiro-Março 2010), Lisboa, p. 243.

⁶⁶ As Ordenações Filipinas, compilação do direito vigente levada a cabo por Filipe I, representaram uma reforma profunda das Ordenações Manuelinas, tendo os seus trabalhos preparatórios começado, conjectura-se, entre 1583 e 1585. A colectânea filipina ficou concluída em 1595, mas só no reinado de Filipe II é que iniciou a sua vigência. As Ordenações Filipinas estavam organizadas em livros, subdivididos em títulos e parágrafos e, pese embora contemplassem normas de inspiração castelhana, o típico carácter português nunca lhes foi retirado. Para mais desenvolvimentos *vide* Costa, Mário de Almeida (com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos) – *História do Direito Português ...* pp. 321 e ss.

⁶⁷ Dispunha o parágrafo 11 do Título LIII do Livro III das Ordenações Filipinas o seguinte: “A sexta cousa que he necessária para o litigante ser obrigado a depor aos artigos, he, que não sejam os artigos criminosos, porque no feito crime não he a parte obrigada a depor aos artigos, que contra ele forem dados; porque sendo constrangido para a eles depor, sempre negaria o crime, de que fosse acusado, e seria causa de cahir em perjúrio, por escusar a pena, que por o tal malefício mereceria, se o confessasse. E bem assi, não será obrigado a depor aos artigos, per que fosse demandado por pena pecuniária, ou sendo taes que incorreria nella, se os confessasse”. A este respeito *vide* Dias, Augusto Silva – *O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações ...* nota de rodapé nº 12, p. 243; e ainda Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* nota de rodapé nº 5, p. 10.

⁶⁸ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 10.

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ Beccaria, na sua obra “Dos delitos e das Penas” (1764), evidenciou bem a ineficácia da tortura enquanto meio de obtenção de uma confissão verdadeira, uma vez que perante o dever de dizer a verdade eram aguçados os instintos humanos de autopreservação, defesa e liberdade. Sobre este assunto *vide* Alfajar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in Revista da Concorrência e Regulação ... nota de rodapé nº 17, p. 328. Sobre o mesmo assunto consulte-se ainda Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 11.

⁷¹ A Novíssima Reforma Judiciária implementou em Portugal a estrutura acusatória do processo penal, inspirando-se no modelo do *Code D’Instruction Criminelle*, cujo património normativo, herdado do iluminismo, influenciou as reformas penais por toda a Europa. Veja-se Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 11.

medidas concretas que o efectivassem. Na realidade, ainda se aplicavam, na época, tormentos a todos os arguidos que se recusassem a prestar declarações, sendo certo que com o alastrar das querelas entre doutrina e jurisprudência, essas práticas foram deixando de ser aplicadas. Só em 1910, no Decreto de 28 de Dezembro, é que se estabeleceu expressamente na lei que nenhum réu, em processo penal, poderia ser obrigado a responder a perguntas que lhe fossem colocadas em audiência de julgamento, à excepção daquelas relativas à sua identidade, devendo o juiz, nesse caso, informar expressamente o arguido do seu direito ao silêncio e ter sempre em atenção que esse interrogatório visava o exercício do direito de defesa e não a comprovação da acusação⁷². Mais tarde, na vigência do Estado Novo, o Código de Processo Penal de 1929 acolheu, também ele, o direito ao silêncio, com as mesmas excepções já estabelecidas em 1910 e retro mencionadas. Saliente-se, porém, que, em 1972, a obrigação de informar o arguido sobre o seu direito ao silêncio se estendeu às fases processuais anteriores à fase de julgamento. Todavia, a consagração formal verificada não se traduziu numa realização efectiva do direito ao silêncio, visto que embora o arguido se pudesse remeter ao silêncio durante o primeiro interrogatório e na audiência, a verdade é que uma confissão prévia, muitas vezes conseguida por via da investigação policial anterior ao processo propriamente dito e com o atropelo e desrespeito da liberdade individual, podia ser utilizada como prova contra si⁷³. Esta situação viria a ser revertida com o Código de Processo Penal de 1987 que, para além de continuar a consagrar expressamente o direito ao silêncio, teve o cuidado de fazer com que essa consagração formal fosse acompanhada de uma verdadeira efectividade prática, não só pela proibição da utilização de provas obtidas através da violação do direito ao silêncio, mas também pela proibição da utilização das declarações anteriores do arguido que, durante a audiência de julgamento, se remetesse ao silêncio⁷⁴.

⁷² Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 10.

⁷³ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 13-14.

3. CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: FONTES LEGAIS E NATUREZA DO *NEMO TENETUR*

3.1. O *NEMO TENETUR* NO DIREITO INTERNACIONAL

3.1.1. A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* está consagrado em diversos diplomas internacionais, cujo objectivo principal é tutelar os direitos humanos. A título exemplificativo vejam-se:

1. A alínea g), nº 3 do art.º 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da Organização Nacional das Nações Unidas (ONU), de 16 de Dezembro de 1966⁷⁵;
2. A alínea a), nº 1⁷⁶ e alínea b), nº 2 do art.º 55º⁷⁷ do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, adoptado em 17 de Junho de 1998;
3. E, ainda no retro mencionado diploma, a alínea g), nº 1 do art.º 67º⁷⁸.

Os dispositivos legais a que acabámos de fazer referência consagram expressamente o *nemo tenetur*. Todavia, nem sempre assim é. Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

⁷⁵ “Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

⁷⁶ “No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto: nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada”.

⁷⁷ “Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto no capítulo IX, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos: A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência”.

⁷⁸ “Durante a apreciação de quaisquer factos constantes da acusação, o arguido tem direito a ser ouvido em audiência pública, tendo em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade: A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja tido em conta na determinação da sua culpa ou inocência”.

(doravante CDFUE) não contemplam o princípio de modo expresso, exigindo um esforço interpretativo acrescido. Para efeitos de análise casuística, o nosso olhar dirigir-se-á para a CEDH⁷⁹, pois se, por um lado, a DUDH não é um diploma vinculativo⁸⁰, por outro, a CDFUE não desenvolve de modo significativo a norma legal que acolhe o *nemo tenetur*. Para além disso, é com base na CEDH que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) decide as causas que são submetidas à sua apreciação. Mais, quando falamos em jurisprudência do TEDH, sabemos, à partida, que estamos a trabalhar no âmbito da mais alta instância no que concerne à defesa dos direitos humanos. Logo, pese embora o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* esteja apenas tacitamente inscrito na CEDH, a verdade é que esta, aliada a uma produção jurisprudencial do TEDH, tem contribuído grandemente para a definição e delimitação daquele. Diga-se também que a CEDH representa o maior esforço de uniformização legislativa no que respeita à protecção dos direitos fundamentais já feito no seio dos Estados-Membros da União Europeia (doravante UE)⁸¹, pelo que existe todo o interesse em visitá-la com algum pormenor. Justificada que está a escolha de examinar, concretamente, o que a CEDH nos tem a dizer sobre o *nemo tenetur*, cumpre agora desenvolver a posição tomada pelo TEDH relativamente àquele princípio.

O TEDH tem interpretado o art.º 6º, nº 1 da CEDH⁸² no sentido de este abrigar o *nemo tenetur*. Na realidade, existe um consenso entre os países signatários da CEDH no que respeita, em particular, ao direito ao silêncio. Os Estados-Membros signatários da Convenção entendem o direito ao silêncio como um direito necessário e de extrema relevância nos ordenamentos jurídicos internos. A importância conferida àquele direito surge associada, na grande maioria das vezes, a um processo justo e equitativo, que proteja o arguido contra o exercício impróprio de poderes coercivos por parte do Estado; daí advém a explicação para o facto de o princípio *nemo tenetur se ipsum*

⁷⁹ “Artigo 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa:

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.
2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”.

⁸⁰ Note-se que a DUDH só se torna vinculativa no ordenamento jurídico português por força da integração normativa, denominada recepção formal, que a nossa Constituição faz no art.º 16º, nº2.

⁸¹ Berger, Mark – *Europeanizing self-incrimination: the right to remain silent in the European Court of Human Rights*, European Legal Studies Center, Columbia, 2006, p. 341.

⁸² “Art.º 6º - Direito a um processo equitativo:

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

accusare encontrar base legal no referido art.º 6º, nº 1 da CEDH⁸³. A interpretação do TEDH é, assim, o reflexo das suas inúmeras tentativas no sentido de garantir o direito ao silêncio dos arguidos como uma forma de resistência aos abusos de poder⁸⁴.

Para além de intimamente relacionado com o processo justo e equitativo, o TEDH determina ainda que o *nemo tenetur*, e agora fazendo especial menção ao direito à não auto-incriminação, cabe na norma contida no art.º 6º, nº 2 da CEDH⁸⁵, integrando o conteúdo do princípio da presunção de inocência. De acordo com o TEDH, o direito à não auto-incriminação prende-se, em primeira linha, com o respeito pelo silêncio do arguido e decorre do pressuposto segundo o qual a acusação, num processo criminal, deverá provar a sua teoria sem recorrer a elementos de prova obtidos através de métodos proibidos⁸⁶. Dito de outro modo, o direito à não auto-incriminação está ligado ao respeito pela vontade da pessoa do arguido em permanecer em silêncio, optando por não contribuir para a sua incriminação, sendo ónus da acusação apresentar as provas que conduzam à condenação do agente, sendo este considerado inocente até prova em contrário. Dito isto, e em jeito de síntese, o que importa salientar é que da maioria da jurisprudência do TEDH resulta que o direito à não auto-incriminação está intimamente conotado com o respeito pelo direito ao silêncio do arguido, que escolhe não facultar quaisquer meios de prova que o desfavoreçam num processo criminal. É à acusação que cumpre fazer prova que conduza à condenação do agente, mas sem recurso a meios coercivos, opressivos e violadores da vontade do sujeito processual que é o arguido; tal decorre ademais da estrutura acusatória do processo penal. Com efeito, se o arguido se presume inocente, tem também de se presumir que este possa não saber nada de relevante sobre os factos que lhe são imputados, pois não seria minimamente razoável que, partindo da inocência do arguido, este fosse compelido a pronunciar-se sobre tais factos⁸⁷. Assim, entende-se agora o porquê de o TEDH conexionar o *nemo tenetur* com o processo justo e equitativo e com a presunção de

⁸³ Sobre este assunto, veja-se Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Revista do Ministério Público, Ano 32, Nº 128 (Outubro-Dezembro 2011), Lisboa, p. 118: “ Segundo o TEDH, apesar de não expressamente mencionados no art.º 6º da Convenção, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação constituem *standards* internacionais que se situam no coração da noção de “processo equitativo” (*fair procedure*), tendo na sua razão de ser a ideia de protecção do acusado contra o exercício impróprio dos poderes coercivos pelas autoridades, enquanto condição essencial ao acautelamento do perigo de adulteração da justiça e, neste sentido, à própria realização plena do espírito do art.º 6º da Convenção”.

⁸⁴ Berger, Mark – *Self-incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the right to silence*, E.H.R.L.R. Issue 5, Columbia, 2007, p. 515.

⁸⁵ “Art.º 6º - Direito a um processo equitativo:

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

⁸⁶ Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência (...)* p. 118.

⁸⁷ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 94.

inocência, consagrados no art.º 6º da CEDH. Este esforço interpretativo do TEDH não nos parece forçado ou descabido, antes pelo contrário. Faz todo o sentido estender a letra da lei no concernente ao processo equitativo e à presunção de inocência, de modo a que nela caibam os dois vectores constitutivos no *nemo tenetur*: o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. No entanto, concordamos com Joana Costa quando esta diz que “a compreensão do princípio *nemo tenetur* (...) não pode definir-se em abstracto, antes devendo ser verificada segundo as circunstâncias particulares do caso concreto, tomando em consideração o processo em conjunto”⁸⁸. Se tal não for observado, corre-se o risco de não alcançarmos a exacta percepção dos critérios que estiveram na base decisória do Tribunal, tornando controverso o âmbito do *nemo tenetur*. Para evitar esse tipo de controvérsias é que o TEDH decidiu limitar a interpretação extensiva do art.º 6º da CEDH, já explicada anteriormente, ao processo penal, como forma de definir critérios exactos para aferir se a informação obtida coercivamente é ou não violadora do *nemo tenetur*⁸⁹.

Avancemos agora para o estudo das fontes nacionais, *maxime*, a Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e o Código de Processo Penal (doravante CPP).

3.2. O NEMO TENETUR NO DIREITO NACIONAL

3.2.1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não está, aparentemente⁹⁰, previsto de modo expresso na nossa Lei Fundamental⁹¹; no entanto, tal não significa que aquele não seja objecto de consagração constitucional. De facto, quer a doutrina, quer a

⁸⁸ O princípio *nemo tenetur* na *Jurisprudência* (...) p. 119.

⁸⁹ Berger, Mark – *Europeanizing self-incrimination: the right to remain silent* (...) p. 346.

⁹⁰ Acompanhando Diana Alfafar, dizemos “aparentemente” porque poder-se-á sempre defender que por aplicação dos art.º 8 e 16º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, o *nemo tenetur* tem consagração expressa, desde logo pela integração no direito português de direitos fundamentais internacionais. Para mais desenvolvimentos, veja-se Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação* ... nota de rodapé nº 22, p. 329.

⁹¹ Ao contrário daquilo que sucede com outras Constituições, onde o princípio encontra consagração expressa, sem necessidade de qualquer operação integrativa. A título de exemplo indiquem-se as Constituições Americana, Brasileira e Espanhola.

jurisprudência, designadamente a constitucional⁹², são unânimes no que concerne à natureza constitucional do *nemo tenetur*⁹³. À semelhança do que se verifica na CEDH e até na Constituição Alemã⁹⁴, a presença do princípio na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) é fruto de um certo esforço interpretativo, falando-se mesmo em “natureza constitucional implícita” do *nemo tenetur*, como que parte integrante de um direito constitucional não escrito⁹⁵. Porém, para encontrarmos o fundamento constitucional do *nemo tenetur* é preciso antes discutir a sua natureza.

Diz-nos a doutrina que o processo penal serve para a aplicação da lei penal. Este carácter instrumental do processo encerra em si a finalidade última da realização da Justiça, que pressupõe a descoberta da verdade material⁹⁶ e o restabelecimento da paz jurídica⁹⁷, tanto no plano individual, como no plano da comunidade. Todavia, a realização da Justiça não é um fim absoluto. Não raras vezes a descoberta da verdade cronológica dos factos é sacrificada por razões de segurança. A verdade material só pode ser procurada de modo processualmente válido e admissível, ou seja, com o pleno respeito pelos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo⁹⁸. O respeito pelos direitos fundamentais leva a que as provas obtidas por meio de tortura, coacção, ofensa à integridade física e/ou moral e intromissão abusiva na vida privada das pessoas sejam consideradas nulas⁹⁹. Ora, é fácil de perceber que existem limitações à obtenção de prova e que estas criam obstáculos à descoberta da verdade dos factos, que se vê necessariamente sacrificada. É precisamente aqui que entra a matéria do direito de ampla defesa e que tem um papel muito importante na determinação da natureza do *nemo tenetur*. Como bem nos ensina Germano Marques da Silva, “o direito de defesa é complexo”¹⁰⁰. Por ser complexo, e por não ser nossa pretensão desenvolver e explicar toda essa complexidade, iremos apenas tecer algumas considerações sobre a defesa pessoal positiva e a defesa pessoal negativa,

⁹² Vide Acórdãos nºs 695/95, 304/2004, 181/2005, 155/2007, 537/2011 e 461/2011.

⁹³ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 39.

⁹⁴ Alfajar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação ...* p. 329.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ A descoberta da verdade dos factos objecto da acusação mais não é do que a obtenção, por parte do tribunal, da certeza jurídica de que os factos alegados aconteceram. Com essa certeza jurídica, o tribunal adquire o poder de aplicar a sanção que a lei comina para o agente que praticou os factos provados e que foram objecto da acusação. Veja-se com mais pormenor Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* pp. 23-24.

⁹⁷ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 24.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 71.

que cremos serem pertinentes neste contexto. A actividade de defesa “é a actuação processual que tem por fim favorecer o arguido”¹⁰¹ e, por esse motivo, a lei reserva-lhe certos actos de defesa que podem ser exercidos pessoalmente¹⁰². A defesa pessoal pode ser positiva ou negativa. No primeiro caso, o arguido defende-se através de actos processuais e a resposta aos interrogatórios é o principal acto de defesa; no segundo caso, o arguido recusa-se a dar qualquer tipo de contributo para os actos probatórios¹⁰³. Nesta situação, em que o arguido se recusa a contribuir para a própria condenação, estamos no âmbito do *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁰⁴.

Acabámos, pois, de caracterizar o *nemo tenetur* como um direito de defesa pessoal negativo e, enquanto direito de defesa, ele engloba o rol de actos processuais que têm como fim último o favorecimento do arguido. Assim sendo, é com alguma robusteza que afirmamos que o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação têm a sua fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido no diploma constitucional¹⁰⁵. O fundamento jurídico-constitucional do *nemo tenetur* está longe de ser consensual e divide a doutrina em duas grandes correntes: a corrente substantivista¹⁰⁶ e a corrente processualista. Pese embora não acolhamos a primeira corrente, cumpre explicar ambas para uma melhor compreensão da posição por nós adoptada. Para a corrente substantivista, o princípio deriva de alguns direitos fundamentais¹⁰⁷, sendo certo que os seus dois vectores (direito ao silêncio e direito à não auto-incriminação) constituem verdadeiros direitos de personalidade, ancorados

¹⁰¹ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 72.

¹⁰² Mencione-se sobre este aspecto, por exemplo, os actos de defesa que podem ser praticados pessoalmente pelo arguido constantes do art.º 141º, do art.º 143º, do art.º 292º, nº 2, do art.º 343º e do art.º 361º, todos do Código de Processo Penal.

¹⁰³ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* 74.

¹⁰⁴ A nossa posição já ficou marcada no que diz respeito ao *nemo tenetur*. Para nós, o *nemo tenetur* encerra em si dois vectores: o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. Contudo, autores há, como é aliás o caso de Germano Marques da Silva, que identificam o brocardo latino apenas com o direito à não auto-incriminação.

¹⁰⁵ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 41.

¹⁰⁶ A corrente substantivista tem um largo acolhimento na doutrina alemã (nomeadamente Rogall, Dingeldey e Eser), que se apoia nas teorias do direito natural para suportar o fundamento jurídico-constitucional do *nemo tenetur*. A auto-incriminação é tida como um acto estranho à natureza e instinto humanos. Com efeito, defendem os germânicos que a tendência do homem para a auto-preservação leva-o a lutar pela liberdade e a não se auto-incriminar, sendo que o direito ao silêncio é a expressão nuclear daquele direito à não auto-incriminação. Assim, o *nemo tenetur* deriva de um direito natural de protecção própria, enraizado num instinto de sobrevivência.

¹⁰⁷ A saber: direito à integridade pessoal, direito ao livre desenvolvimento da personalidade e princípio da dignidade da pessoa humana.

nos direitos à dignidade da pessoa humana e livre autodeterminação¹⁰⁸. Ao abrigo deste pensamento, o arguido tem a liberdade de se comportar com plena autonomia e liberdade, que serão violadas e postas em causa sempre que se queira transformar o arguido num meio de prova contra si mesmo¹⁰⁹. Dentro da corrente substantivista há, contudo, uma ligeira cisão: se, por um lado, há quem fundamente o *nemo tenetur* directamente na dignidade da pessoa humana, por outro, há quem o conceba como um reflexo dos direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados nos artigos 25º e 26º da CRP¹¹⁰, respectivamente. Nas palavras de Dingeldey, “só quando se reconhece ao indivíduo um direito ao silêncio no processo penal se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estadual”¹¹¹. Oposta a esta corrente está a corrente processualista, para quem o *nemo tenetur* encontra a sua fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido¹¹². De facto, para a corrente processualista, o *nemo tenetur* é uma consequência imediata do processo justo e equitativo (art.º 20º, nº 4 da CRP) e da presunção da inocência (art.º 32º, nº 2 da CRP)¹¹³. Entendemos, como a maioria da doutrina portuguesa, que o fundamento imediato do *nemo tenetur* reside nas garantias processuais, porque não só são elas que suportam e permitem a realização dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação, actuando como um escudo protector dos direitos fundamentais, como também porque são elas que permitem qualificar o arguido como um sujeito processual¹¹⁴. Mais, acrescenta-se que ao indicar como fonte imediata do *nemo tenetur* a dignidade da pessoa humana, estamos a excluir do seu âmbito subjectivo de aplicação as pessoas colectivas, meras ficções e abstracções não compatíveis com a natureza humana. Bem sabemos que são as pessoas humanas e singulares que constituem as pessoas colectivas, todavia, não podemos olvidar que só são reconhecidos às pessoas colectivas os direitos compatíveis com a sua natureza, ou

¹⁰⁸ Bernardo, Joana Sofia Martins Sant’Ana – *O direito à não auto-incriminação e os deveres de colaboração com a Administração Tributária*, dissertação de mestrado não publicada, Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 11.

¹⁰⁹ Andrade, Manuel da Costa – *Sobre as proibições da prova ...* p. 125.

¹¹⁰ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 40.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*, pp. 40-42.

¹¹³ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação ...* p. 330.

¹¹⁴ No mesmo sentido, Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 41. Veja-se ainda Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação ...* p. 330.

seja, todos aqueles que não sejam inseparáveis da personalidade singular (art.º 160º, nº 2 do Código Civil). Também às pessoas colectivas é reconhecido o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, inclusivamente em sede de direito contra-ordenacional, como adiante veremos, pelo que não acolhemos os argumentos apresentados pela corrente substantivista. Por conseguinte, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação integram as garantias processuais de defesa asseguradas ao arguido, cujo “objectivo último é a protecção do arguido como sujeito no processo”¹¹⁵. Vejamos, então, a base legal que sustenta estes direitos, em sede de direito constitucional.

3.2.2. PROCESSO JUSTO E EQUITATIVO: ART.º 20º, Nº 4 E ART.º 32º, Nº 1 DA CRP

Seguindo o mesmo rumo do disposto no art.º 6º da CEDH e a mesma interpretação jurisprudencial por trás daquela norma¹¹⁶, a nossa CRP faz a exigência de um *due process of law*, nos termos do art.º 20º, nº 4 e 32º, nº 1. Com a consagração expressa de um processo equitativo, o legislador constitucional não limita em absoluto a liberdade de conformação e estruturação do processo penal concedida ao legislador ordinário, porém, impõe a presença de normas processuais que proporcionem ao arguido direitos efectivos de defesa; direitos esses que são necessariamente acompanhados dos princípios da igualdade de armas e do contraditório¹¹⁷.

A igualdade de armas (ou igualdade processual) implica a existência de um equilíbrio no que respeita aos meios processuais de que arguido e acusação dispõem. É exigível que ambos tenham direitos processuais idênticos¹¹⁸, pois só assim se garante

¹¹⁵ Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incrminação versus Colaboração do Arguido ...* p. 107.

¹¹⁶ A densificação do princípio do processo equitativo exige a análise da jurisprudência do TEDH em torno do art.º 6º da CEDH, onde se consagra expressamente o direito a um processo justo e equitativo. Para mais desenvolvimentos, veja-se Canotilho, J. J. Gomes (e Vital Moreira) – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 414-416.

¹¹⁷ Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 441.

¹¹⁸ Esta identidade e equilíbrio de condições de que falamos não implica uma identidade formal absoluta de meios, pois temos de ter sempre presente o fim prosseguido pela acusação e que é a descoberta da verdade material. O Tribunal Constitucional já se pronunciou, inclusivamente, no sentido que a igualdade de armas não é absolutamente incompatível com a atribuição ao Estado de um tratamento processual diferenciado, desde que desse tratamento especial não resulte a compressão excessiva da igualdade de armas. Para mais desenvolvimentos consultar Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada ...* p. 442.

a igualdade de acesso aos tribunais e a igualdade perante os tribunais. Na verdade, o processo equitativo reconhece à defesa e à acusação a possibilidade de estes discutirem as suas razões de facto e de direito perante o tribunal, em condições de igualdade processual. No entanto, a perfeita paridade requer que o contraditório seja assegurado. Daí que o processo equitativo seja também ele incidível do princípio do contraditório. Do contraditório resulta uma ideia que, pese embora singela, vai fechar todo o círculo do processo justo e equitativo: não só é concedida à acusação e à defesa a oportunidade de apresentarem as suas razões de facto e de direito, que sustentam as suas posições, como também lhes é reconhecido um poder efectivo de influenciar o andamento do processo¹¹⁹. Assim, se é em função das exigências de um processo justo e equitativo que são fixadas as garantias processuais de defesa do arguido¹²⁰, faz todo o sentido incluir entre essas garantias o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, tanto na sua vertente de direito ao silêncio, como na sua vertente de direito à não auto-incriminação¹²¹.

3.2.3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: ART.º 32º, Nº 2 DA CRP

Acompanhando a doutrina majoritária¹²², também nós defendemos que o *nemo tenetur* é uma consequência do princípio de presunção de inocência¹²³. Desta garantia decorre que “ninguém poderá ser tido como culpado enquanto não tiver sido

¹¹⁹ Quer a acusação, quer a defesa podem oferecer as suas provas, deduzir as suas razões, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado das provas de um e de outro lado. Com mais pormenor, veja-se Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada ...* pp. 443-445.

¹²⁰ Lima, Sofia Belo Campos de – *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare no direito processual penal português*, dissertação de mestrado não publicada, Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 14.

¹²¹ O Tribunal Constitucional tem ligado preferencialmente o princípio *nemo tenetur* às garantias processuais de defesa do arguido. A título de exemplo, consulte-se o Acórdão nº 695/2005, 537/2011 e 461/2011.

¹²² A doutrina não aceita pacificamente o princípio de presunção da inocência como fundamento jurídico-constitucional do *nemo tenetur*. Para parte da doutrina, a presunção de inocência e a estrutura acusatória do processo são apenas reflexos do processo equitativo, esse sim o verdadeiro fundamento jurídico-constitucional do *nemo tenetur*. Da nossa parte, sem precisarmos de formular argumentos demasiado elaborados, cremos que só o facto de a presunção de inocência estar prevista de modo autónomo relativamente ao processo equitativo já é uma manifestação óbvia e clara de que pode e deve ser considerada um fundamento jurídico-constitucional, sustentável autonomamente pelo seu conteúdo e não como uma mera decorrência do processo justo e equitativo, com o qual tem indesmentíveis ligações.

¹²³ A este propósito, remetemos para a jurisprudência constitucional indicada nas notas de rodapé nº 92 e 121.

condenado por sentença transitada em julgado”¹²⁴. Outrora tido como uma reacção aos abusos do poder público, hoje em dia a presunção de inocência representa um valor ético, próprio de uma sociedade livre e democrática¹²⁵. Esta posição perante o princípio de presunção de inocência reflecte-se na estrutura do processo penal, na medida em que pressupõe que o processo deve assegurar todas as garantias de defesa do arguido-inocente¹²⁶, uma vez que o arguido deve ser considerado inocente enquanto a sua culpa não for dada como provada¹²⁷. Mencione-se ainda que a presunção de inocência integra a estrutura de um processo justo e equitativo, pois não se pode considerar justo o processo que parte do princípio de que o arguido é culpado. Com isto, não há como refutar a ligação do *nemo tenetur* com o princípio de presunção da inocência. Consequentemente, “o arguido tem o direito de recusar a colaboração numa investigação contra si próprio, sem que essa recusa lhe possa ser desfavoravelmente interpretada, precisamente porque ele não tem de provar a sua inocência – que é presumida -, cabendo sim à acusação provar a sua culpa”¹²⁸.

3.2.4. DA NÃO APLICABILIDADE EM PROCESSO CONTRA-ORDENACIONAL DE TODAS AS GARANTIAS DE DEFESA DECORRENTES DO Nº 1 E Nº 10 DO ART.º 32º DA CRP – O CASO PARTICULAR DO DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

O facto de assistirmos a um silêncio¹²⁹ constitucional face ao *nemo tenetur* não significa que estejamos perante uma “irrelevância constitucional”¹³⁰, pois o princípio encontra acolhimento em diversas normas da CRP, *maxime* o nº 4 do art.º 20º e o nº 2 do art.º 32º da Lei Fundamental, como aliás acabámos de verificar. Poderíamos, contudo, simplificar e encaixar o *nemo tenetur* no nº 1 do art.º 32º da CRP, uma vez que este preceito serve de “cláusula geral englobadora de todas as garantias que (...) hajam de decorrer do princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa

¹²⁴ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in Revista da Concorrência e Regulação ... p. 330.

¹²⁵ Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada* ... p. 722.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência* (...) p. 188.

¹²⁸ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in Revista da Concorrência e Regulação ... p. 332.

¹²⁹ Utilizamos a expressão “silêncio” no sentido de o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não estar expressamente consagrado na CRP, mas apenas tacitamente, por meio de uma actividade hermenêutica.

¹³⁰ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação* ... p. 16.

do arguido em processo criminal”¹³¹. Mas é precisamente essa sua generalidade que nos impede de fundamentar jurídico-constitucionalmente o princípio em causa nesse preceito. De facto, parece-nos que uma interpretação tão lata do nº 1 do art.º 32º da CRP torna este normativo legal um ponto de apoio muito fraco, para além de muito pouco fértil. A fórmula deste nº 1 é uma expressão condensada de todas as garantias de defesa do arguido¹³², pelo que é de afastá-la sempre que se puder encontrar base legal noutras normas constitucionais. Atente-se, porém, ao facto de podermos englobar no nº 1 o vector do *nemo tenetur* do direito ao silêncio em processo contra-ordenacional, por decorrência do nº 10, mas nunca o vector do direito à não auto-incriminação. Na verdade, não podemos englobar o princípio no seu todo no nº 1 do art.º 32º da CRP, mas tal não impede que uma das suas dimensões possa aí encontrar apoio constitucional.

Quanto ao nº 10 do art.º 32º da CRP, há um “evidente paralelismo entre o processo criminal e o processo contra-ordenacional, que é conformado pelos princípios básicos daquele, tendo em conta os interesses subjacentes”¹³³. Quer isto dizer que, em princípio, aplicar-se-ão ao processo contra-ordenacional as mesmas garantias de defesa asseguradas ao arguido em processo penal. Mas é mesmo só “em princípio”, uma vez que são só algumas, e não todas, as garantias de defesa do processo criminal que valem em processo contra-ordenacional. Na realidade, aquando da revisão constitucional de 1989, o que se pretendeu com o acrescento do nº 10 foi assegurar os direitos de audição e de defesa do arguido em processos contra-ordenacionais que, na versão antiga, estavam apenas expressamente asseguradas aos arguidos em processos disciplinares no âmbito da função pública¹³⁴. Ora, a génese do referido nº 10 não passa pelo reconhecimento de um dos vectores do *nemo tenetur* em processo contra-ordenacional, a saber, o direito à não auto-incriminação. O direito à não auto-incriminação não se encontra expressamente consagrado nem na CRP, nem no Código de Processo Penal (doravante CPP). Desta feita, o direito à não auto-incriminação, a ser identificado, implica um esforço argumentativo a partir das normas constitucionais ou uma expansão axiológica do direito ao silêncio. O CPP consagra expressamente, como veremos, o direito ao silêncio, mas o mesmo não acontece com o direito à não auto-incriminação. Ora, isso quer dizer que não há garantia expressa contra a auto-incriminação, pelo que não é no nº 10 que deve residir

¹³¹ Canotilho, J. J. Gomes (e Vital Moreira) – *Constituição da República Portuguesa Anotada ...* p. 516.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada ...* p. 740.

¹³⁴ *Ibidem*, pp.740-743.

a fonte jurídico-constitucional daquele direito. É um facto que o direito à não auto-incriminação se exporta do direito penal para o direito contra-ordenacional, não o sendo, contudo, nem por via do nº 1, nem por via do nº 10 do art.º 32º da CRP, como, do nosso ponto de vista, tem defendido Frederico da Costa Pinto¹³⁵. No entanto, autores há que enquadram o direito à não auto-incriminação nos retro referidos nº 1 e nº 10 do art.º 32º da CRP, fazendo-o com base na ideia de que o processo contra-ordenacional é menos garantístico do que o processo penal, pelo que a exigência de uma maior protecção contra os abusos dos poderes públicos e um reforço das garantias nos processos de contra-ordenação impede que se vede a aplicação de garantias de defesa que cabem no art.º 32º e que, por via do nº 10, tanto se aplicam ao processo penal, como ao processo contra-ordenacional¹³⁶. Ora, é neste argumento que, com o devido respeito, reside o maior erro. O direito à não auto-incriminação também se faz sentir no processo contra-ordenacional, mas não porque o supervisionado/arguido se encontra numa posição de grande fragilidade, por se encontrar sujeito a uma investigação, nem porque o processo de contra-ordenação é menos garantístico quando comparado com o processo penal. Pese embora exista um número considerável de entidades heterogéneas a aplicá-lo, o direito contra-ordenacional é fortemente garantístico, estando a actividade administrativa nesta área sujeita a um controlo judicial de plena jurisdição. Diga-se ainda que em processo penal o arguido defende-se em julgamento, através da prova produzida em audiência. Diversamente, quando uma entidade supervisionada/arguida vai a julgamento num processo de contra-ordenação, vai porque, em primeira linha, quis questionar a decisão do supervisor. Ora, isso significa que o supervisionado/arguido vai a julgamento com conhecimento de uma decisão que já está fundamentada e com a produção de prova já feita, o que não acontece em processo penal. Por conseguinte, também o contraditório se mostra mais refinado do ponto de vista do direito de defesa, já que existe um maior controlo por parte do supervisionado/arguido sobre as provas contra si oferecidas, pois este já conhece a prova produzida pelo supervisor e a argumentação (a análise crítica dessa prova) que sustenta o juízo de condenação.

¹³⁵ Frederico de Lacerda da Costa Pinto falou publicamente na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, por ocasião do Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito subordinado ao tema “Reflexos do direito à não auto-incriminação no processo contra-ordenacional”, onde expressou a sua opinião acerca do nº 10 do art.º 32º da CRP. Costa Pinto assumiu uma posição muito própria, defendendo a clareza dos fundamentos constitucionais do *nemo tenetur*. Defendeu aquele autor que há uma referência constitucional ao direito à não auto-incriminação, mas essa referência não está no nº 1 do art.º 32º; temos de encontrar essa referência noutras normas jurídico-constitucionais. Costa Pinto salientou ainda que não se pode ir buscar ao nº 1 aquilo que o nº 10 não permite.

¹³⁶ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação* ... pp. 338-340.

Relativamente ao direito ao silêncio, este não é exclusivo do processo penal e, dado que se encontra expressamente previsto no CPP, podemos e devemos aplicá-lo em processo contra-ordenacional, através do nº 1 do art.º 32º da CRP, por via do nº 10 do mesmo artigo¹³⁷. Neste sentido, dever-se-á aplicar o direito ao silêncio sempre que no processo em causa se possa aplicar uma sanção de carácter punitivo, mesmo não tendo carácter criminal, valendo o direito ao silêncio também nos processos de mera ordenação social e no âmbito dos processos disciplinares¹³⁸.

Por conseguinte, não há discussão sobre a validade do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação em direito penal e em direito de mera ordenação social; o que diverge é a base legal com que se justifica essa validade e o alcance que o *nemo tenetur* tem no âmbito do direito contra-ordenacional.

3.2.5. AS CORRENTES PROCESSUALISTA E SUBSTANTIVISTA E OS REGIMES DE PROTECÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É importante notar que a divergência entre corrente substantivista e corrente processualista não se afigura irrelevante, desnecessária ou fruto de um mero discorrer doutrinário. É dela que brota a fonte jurídico-constitucional do *nemo tenetur*. Porém, no âmbito da temática do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, esta querela não tem as implicações momentosas que uma parte da doutrina quer fazer crer no quadro geral das afectações dos direitos fundamentais, nomeadamente ao nível das restrições, matéria que, de resto, será abordada com algum detalhe mais à frente. Repare-se que um direito que emana directamente da dignidade da pessoa humana é passível de sofrer as mesmas restrições que um direito decorrente das garantias processuais, desde logo porque em ambos os casos nos encontramos em sede de direitos, liberdades e garantias. Na verdade, o regime de afectações apenas difere quando contrapomos um direito fundamental de primeira geração (direitos, liberdades

¹³⁷ Note-se que nem todas as garantias de defesa previstas no processo penal se aplicam ao processo contra-ordenacional, no entanto, estamos aqui apenas a sustentar a aplicação do direito ao silêncio ao processo contra-ordenacional por via do processo penal.

¹³⁸ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 127. No mesmo sentido, Figueiredo Dias e Costa Andrade: “(...) de acordo não só com a Constituição, mas também com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem o direito ao silêncio, enquanto garantia de defesa, deve estender-se a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, ainda que não criminal”. Para mais desenvolvimentos *vide* Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 46.

e garantias) a um direito fundamental de segunda geração (direitos económicos, sócias e culturais). Saliente-se que um direito do primeiro tipo não é passível de sofrer as mesmas restrições do que um direito do segundo tipo, dado que estes podem ser mais abertamente limitados¹³⁹. Com efeito, em sede de direitos, liberdade e garantias, admitindo-se as restrições, estas devem cingir-se ao mínimo, afectando parcialmente e nunca totalmente o direito fundamental. Face ao exposto, é seguro afirmar que tanto a corrente substantivista, como a corrente processualista contemplam um regime de afectações bastante rígido, não se apresentando a corrente processualista mais benevolente no que concerne ao regime das restrições.

3.2.6. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Já vimos qual é o apoio constitucional do *nemo tenetur*, abarcando este o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. Vejamos agora o apoio que o legislador ordinário lhe dá e que se mostra ligeiramente diferente.

Ao contrário da CRP, o nosso CPP consagra expressamente o direito ao silêncio, na alínea d) do nº 1 do art.º 61º¹⁴⁰. O arguido, enquanto sujeito processual, goza de um estatuto próprio constituído por um conjunto de direitos e de deveres¹⁴¹. Esses direitos estão enumerados, mesmo que não exaustivamente, no retro mencionado art.º 61º do CPP¹⁴². No entanto, o direito à não auto-incriminação não faz parte desse rol de direitos.

¹³⁹ Em sentido oposto, Vânia Costa Ramos defende que um direito que emane directamente da dignidade da pessoa humana não será passível de sofrer as mesmas restrições do que um direito decorrente das garantias processuais, porquanto o primeiro terá tendência absoluta e o segundo poderá ser mais amplamente limitado. Com o devido respeito, cremos que a autora não tem razão. A distinção dos regimes de afectação não se faz com base no maior ou menor cariz absoluto do direito, mas com base na posição por si ocupada na CRP. Sobre este assunto, consulte-se Ramos, Vânia Costa – *Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte II*, in Revista do Ministério Público, nº 109 (Janeiro-Março 2007), p. 58.

¹⁴⁰ Artigo 61.º - Direitos e deveres processuais:

1 - O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de:

(...) d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.

¹⁴¹ De acordo com as palavras de Paulo de Sousa Mendes: “o arguido não goza apenas de direitos avulsos (*uti singuli*), antes adquire uma posição global, estável e rica (activa e passiva), no processo, descrita nos artigos 60º e 61º. Por isso se diz que é um sujeito processual”. Para ir mais longe acerca da constituição do arguido e do seu estatuto, consulte-se Mendes, Paulo de Sousa – *Lições de Direito Processual Penal*, 3ª reimpressão da edição de Setembro de 2013, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 126-131.

¹⁴² Com efeito, o direito ao silêncio manifesta-se ao longo do Código de Processo Penal, como por exemplo na alínea h), nº 1, art.º 61; alínea a), nº 4, 141º; nº 1, art.º 343º. Para uma explicação mais

Como o direito ao silêncio irá ser posteriormente analisado em pormenor, e não levantando questões de maior por se encontrar expressamente previsto, cumpre então perceber como é que o direito à não auto-incriminação encontra consagração nas normas jurídicas do processo penal. Ora, o direito à não auto-incriminação é parte integrante de um dos princípios estruturais do processo penal, a saber o princípio do processo equitativo, que de resto nada mais é do que a “concretização processual de um princípio mais amplo, o princípio da igualdade”¹⁴³ e que já foi abordado em capítulos anteriores. Por outra via, aqui acompanhando Paulo Pinto de Albuquerque, poderíamos interpretar a alínea d), nº 1 do art.º 61 extensivamente e defender que o que aí está contemplado não é apenas o direito ao silêncio, mas também o direito a não colaborar com as autoridades judiciárias¹⁴⁴. Com efeito, o arguido não tem o dever de colaborar com o tribunal ou com o Ministério Público (doravante MP) com vista à descoberta da verdade material¹⁴⁵.

detalhada, consulte-se Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 312 e ss. Também importa consultar Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 188.

¹⁴³ Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 16, p. 54.

¹⁴⁴ *Ibidem*, anotação f., i., p. 188.

¹⁴⁵ Deste direito de não colaboração advêm consequências importantes, das quais se destacam as seguintes: o arguido não tem de prestar depoimento, seja sob juramento ou não, seja incriminador ou desculpante; o arguido não tem de entregar quaisquer documentos ou outros elementos de prova que possam ser utilizados no processo contra ele e a sua pena não pode ser agravada por ele não ter confessado. De modo mais detalhado *vide* Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 27, pp. 56-57.

4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO *NEMO TENETUR*

O princípio que tem sido objecto do nosso estudo tem um âmbito de aplicação muito extenso, subdividindo-se em quatro campos de validade distintos. Analisemos cada um deles.

4.1. ÂMBITO DE VALIDADE NORMATIVO

Temos vindo ao longo das páginas anteriores a argumentar no sentido de que o *nemo tenetur se ipsum accusare*, nas suas dimensões de direito ao silêncio e de direito à não auto-incriminação, é aplicável a todo o direito sancionatório da ordem jurídica portuguesa. De facto, o *nemo tenetur* tem validade quer em sede de Direito Processual Penal, quer em sede de Direito de Mera Ordenação Social¹⁴⁶, podendo ainda dizer-se que essa validade se estende às infracções disciplinares¹⁴⁷.

Neste ponto, pouco mais há a desenvolver, uma vez que já ficou anteriormente bem assente que, quer por via supranacional, quer por via constitucional, o *nemo tenetur* vigora em processo criminal e em processo contra-ordenacional. Saliente-se, contudo, que as diferentes características dos processos implicam, naturalmente, diferenças ao nível da aplicação do princípio, como veremos a seu tempo¹⁴⁸. Nas palavras de Diana

¹⁴⁶ Note-se que se já o fazíamos antes (embora sem o dizer expressamente), a partir deste momento, sempre que falarmos em Direito de Mera Contra Ordenação ou em processo contra-ordenacional estamos a referir-nos ao direito contra-ordenacional e aos processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e de supervisão. Parece-nos pertinente fazer agora esta menção, já que estamos num ponto de afunilamento cada vez maior do nosso tema.

¹⁴⁷ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 22.

¹⁴⁸ Adiante-se, sobre esta questão, que o processo contra-ordenacional não tem a mesma estrutura faseada do processo penal. O processo administrativo de carácter sancionatório referente às contra-ordenações é uno e comandado por uma só entidade, tendo como pressuposto base a existência de relações jurídicas pré-constituídas. Atendendo às especialidades deste tipo de processo, o *nemo tenetur* vigora aqui de maneira diversa, sem que isso signifique que o processo tenha um cariz menos garantístico. A verdade é que a (eventual) maior compressão do *nemo tenetur* no processo contra-ordenacional não implica uma maior fragilidade do supervisionado/arguido, nem a (quase) inexistência de garantias de defesa. O tema já foi por nós abordado e será tratado com mais cuidado em capítulos posteriores, no entanto, para uma explicação mais desenvolvida, consulte-se Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* pp. 50-51. Mais veja-se Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada ...* p. 742, onde se faz menção ao Ac. nº 581/04 do Tribunal Constitucional, que se pronunciou no sentido da inaplicabilidade ao processo de contra-ordenação da estrutura acusatória do processo, tal como a mesma é consagrada no nº 5 do art.º 32º da CRP. Com esta decisão se percebe que o *nemo tenetur*, pese embora vigore no processo contra-ordenacional, tem um âmbito de aplicação diferente daquele do

Alfagar, o nº 10 do art.º 32º da CRP reflectem “a vontade do legislador constitucional de que as garantias de defesa valessem de forma absoluta em todo o Direito Sancionatório”¹⁴⁹. Segundo a autora, esta vontade legislativa “não significa que seja operada uma transposição em bloco” das garantias de defesa para os outros ramos de Direito Sancionatório, sendo imperativo ponderar sobre a *ratio* das garantias de defesa, ao mesmo tempo que se deve indagar sobre o seu cabimento noutros domínios que não o Direito Processual Penal¹⁵⁰. Ou seja, temos sempre de, no caso concreto, proceder a um “juízo estruturalmente analógico”¹⁵¹, comparando as características da estrutura do processo penal e do processo contra-ordenacional, para percebermos qual o sentido e razão de ser do *nemo tenetur* num e noutra âmbito do Direito Sancionatório. Como bem explica Frederico da Costa Pinto, a aplicação das normas processuais penais, enquanto direito subsidiário, “tem como limite a salvaguarda do próprio regime do processo de contra-ordenação”, como aliás resulta da primeira parte do nº 1 do art.º 41º do Regime Geral das Contra-Ordenações (doravante RGCords)¹⁵². No entanto, ainda não é chegado o momento de desenvolver a fundo a questão da aplicação do *nemo tenetur* no âmbito contra-ordenacional, uma vez que tal acontecerá mais à frente no capítulo referente ao direito ao silêncio no âmbito dos processos contra-ordenacionais da competência das entidades reguladoras e de supervisão.

Para finalizar, cumpre apenas fazer uma pequeníssima menção ao facto de o *nemo tenetur* não vigorar fora do quadro sancionatório¹⁵³.

processo penal, pelo que não se pode esperar uma transposição *mutatis mutandis* das regras de Direito Penal para Direito de Mera Ordenação Social.

¹⁴⁹ Alfagar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in Revista da Concorrência e Regulação ... pp. 336-337.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 88.

¹⁵³ O TEDH defendeu no seu Acórdão de 8 de Junho de 1976 (caso *Engel* e outros v. Países Baixos) que o *nemo tenetur se ipsum accusare* é aplicável quando se verifica uma “acusação de natureza penal”, significando “penal” o mesmo que “punitivo” ou “sancionatório”. Sobre este assunto Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação* ... p. 22. Note-se ainda que o Acórdão Otto v. Postbank do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 1993, estabeleceu a impossibilidade de transposição do *nemo tenetur* para processos cíveis que respeitem a relações privadas, sem sujeição a um poder de autoridade. Com mais detalhe Ramos, Vânia Costa – *Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos* ... p. 81.

4.2. ÂMBITO DE VALIDADE TEMPORAL

No que concerne ao âmbito de validade temporal, o que aqui releva saber é se o *nemo tenetur* pode ou não ter aplicação antes da constituição de arguido.

Para o direito processual penal português, o arguido é, em primeira linha, o titular do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação. No entanto, para além do arguido, todas as pessoas que, não sendo arguidas, forem pressionadas pelas autoridades da justiça penal para fornecerem elementos e declarações que as possam desfavorecer, são também elas consideradas titulares daqueles direitos¹⁵⁴. Pese embora não estejamos ainda a tratar do âmbito de aplicação subjectivo do *nemo tenetur*, esta referência é essencial para fazermos a ponte para a temática da constituição de arguido. Posto isto, vejamos: de acordo com o disposto no art.º 132º, nº 2 do CPP, as testemunhas têm o direito a não responder a quaisquer perguntas das quais possa resultar a sua responsabilidade criminal¹⁵⁵, pelo que poderão remeter-se ao silêncio e, inclusivamente, requerer a sua constituição como arguidas, nos termos e para os efeitos do nº 2 do art.º 59 do CPP¹⁵⁶. De igual maneira, também o suspeito pode, a pedido, requerer a sua constituição como arguido, quando se veja pessoalmente afectado pelas diligências levadas a cabo pelas autoridades policiais e judiciárias¹⁵⁷. A consequência imediata a retirar daqui é muito simples: segundo o nosso sistema processual penal, o *nemo tenetur* vigora mesmo antes da constituição de arguido, já que pode ser mesmo um factor determinante para essa situação¹⁵⁸. Com efeito, a lei processual penal reconhece às testemunhas e ao suspeito o direito ao silêncio e à não auto-incriminação. Ora, uma testemunha ou um suspeito não são ainda arguidos. Suspeito e testemunha poderão solicitar a sua constituição como

¹⁵⁴ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 20.

¹⁵⁵ “Artigo 132.º - Direitos e deveres da testemunha:

2 - A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”.

¹⁵⁶ “Artigo 59.º - Outros casos de constituição de arguido:

2 - A pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem”.

¹⁵⁷ Tenha-se atenção quanto às figuras do suspeito e do arguido, que são completamente distintas em processo penal. Se, por um lado, o suspeito é a pessoa relativamente à qual existe indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar (art.º 1º, alínea e) do CPP), por outro lado, o arguido é “a pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo como eventual responsável pelo crime que constitui objecto do processo”. Sobre estas definições veja-se Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* pp. 297-299.

¹⁵⁸ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* pp. 22-23.

arguidos sempre que das suas declarações resultem elementos para a sua incriminação, pois a partir daí já passa a existir uma suspeita fundada¹⁵⁹. O facto de a lei permitir que aqueles sejam constituídos como arguidos, tem consequências importantíssimas, desde logo porque possibilita à pessoa que é alvo de suspeita passar a dispor de todos os direitos conferidos ao arguido¹⁶⁰, direitos esses que vigoram plenamente até ao trânsito em julgado da sentença. Note-se, todavia, que tanto o suspeito, como a testemunha, se não adquirirem o estatuto de arguidos, estão vinculados ao dever de responder com verdade às perguntas que lhes são feitas, sob pena de incorrerem em crime de falso testemunho, caso não o façam ou caso se recusem a prestar depoimento.

No Direito de Mera Ordenação Social, em particular daquele que é aplicado por entidades com funções de supervisão, as coisas passam-se de maneira diferente. Sem nos querermos alongar muito, é importante reparar que no domínio da supervisão não há, nem poderia haver, uma regra específica que imponha nos mesmos termos a constituição de arguido, dado que tal mais não seria do que uma perversão do sentido da actividade supervisora, cujas características principais são a vigilância e a fiscalização das obrigações legais a que as entidades supervisionadas estão vinculadas¹⁶¹. Estas têm, por força da actividade que exercem, o dever de colaborar com as entidades reguladoras e admitir na fase de supervisão a constituição de arguido, seria negar a supervisão e o seu sentido útil. Mais, no RGCords só existe um único critério para delimitar o estatuto de arguido e este está dependente e intrinsecamente associado à imputação de uma contra-ordenação. De acordo com o art.º 50 do RGCords¹⁶², “o momento de identificação do estatuto do arguido surge a propósito do exercício do direito de defesa perante uma contra-ordenação que lhe é imputada”¹⁶³. A constituição de arguido na fase prévia que é a da supervisão, por forma a permitir a invocação e o exercício do direito ao silêncio e do direito à não auto-

¹⁵⁹ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 306.

¹⁶⁰ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* pp. 22-23.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 50. Veja-se ainda Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários*, in *Revista do CEJ*, nº 14 (2º semestre 2010), Lisboa, p. 425 e ss. Helena Bolina explica que a supervisão tem como função a verificação do cumprimento da legalidade pelas entidades que intervêm no mercado; a supervisão tem como função o cumprimento das regras que, se não forem cumpridas, perturbam a segurança do investimento e a confiança dos investidores.

¹⁶² “Art.º 50º - Direito de audição e defesa do arguido:

Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre”.

¹⁶³ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 92.

incriminação por parte do supervisionado, anularia por completo as funções que ao Estado cabe cumprir enquanto supervisor de certas actividades¹⁶⁴. Esta foi uma das áreas onde o legislador quis, expressamente, prever a restrição de constituição de arguido, por forma a impedir que o *nemo tenetur valesse* aí com toda a sua força.¹⁶⁵

Relativamente ao direito à não auto-incriminação não há grandes dúvidas de que este está, pelo menos na fase administrativa do processo, restringido, porquanto ao supervisionado é exigida a entrega de documentos no âmbito do dever de colaboração, sob pena de sanção, e isso vale quer antes, quer após a constituição de arguido, já que a entidade supervisionada/arguida tem, por força dos quadros normativos que regem os diferentes regimes sectoriais, o dever legal de se sujeitar às diligências de obtenção de prova, não podendo com a sua falta de cooperação frustrá-las, impedindo, assim, a descoberta da verdade material dos factos.

Algo diverso sucede com o direito ao silêncio.

De acordo com Frederico da Costa Pinto, se na fase de supervisão, o direito ao silêncio não pode ser invocado, o mesmo não se passa quando já estamos perante um processo de contra-ordenação, onde se permite ao agora arguido não prestar declarações, nem responder a perguntas sobre os factos que lhe são imputados. Para o autor, o direito ao silêncio não pode ser exercido na fase de supervisão (antes da constituição de arguido), podendo, contudo, ser invocado quando exista processo-contra-ordenacional. Mais, Frederico da Costa Pinto salienta que é importante ter bem presente que o direito ao silêncio abrange única e exclusivamente “o direito a não responder a perguntas ou a prestar declarações”, ficando de fora “o direito a recusar a entrega de elementos”¹⁶⁶. Quer isto dizer que o direito ao silêncio, em processo de contra-ordenação e já na presença de constituição de arguido, não pode ser invocado pelo arguido de maneira a frustrar a obtenção de prova. Ora, conclui-se que, mesmo com o estatuto de arguido, o direito ao silêncio não comporta a recusa de entrega de elementos de conteúdo não declarativo, ao abrigo do dever de colaboração e das referidas diligências de recolha de prova pela entidade supervisora. Ou seja, pode haver lugar a invocação do direito ao silêncio, mas o exercício desse direito não pode impedir a recolha de provas de natureza não declarativa, a descoberta da verdade material e a realização dos fins prosseguidos pelas entidades de supervisão. O direito ao silêncio não se pode transformar num obstáculo à actuação das entidades

¹⁶⁴ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* pp. 22-23.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶⁶ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 94.

supervisoras. Conclui assim o autor que “ou não há direito ao silêncio porque não há arguido ou não há direito ao silêncio porque o arguido tem o dever legal de se sujeitar às diligências de obtenção de prova”¹⁶⁷. De nossa parte, discordamos desta afirmação, na justa medida em que a negação da existência do direito ao silêncio na fase administrativa pode levar a abusos por parte das entidades supervisoras que podem adiar a constituição de arguido para momento que lhes convenha, isto é, quando tiverem recolhido toda a prova ao abrigo dos deveres de colaboração. Cremos que pode haver direito ao silêncio mesmo quando ainda não há arguido, tendo sempre presente, no entanto, que o direito ao silêncio se prende unicamente com as declarações e depoimentos e não com a entrega de outros elementos de cariz não declarativo. Todavia, concordamos com o resto do entendimento do referido autor, designadamente no que se refere ao conteúdo do direito ao silêncio e ao facto de o exercício do silêncio não poder prejudicar as diligências de prova e a descoberta da verdade material, sob pena de se inutilizar a actividade de supervisão.

Resumindo, o *nemo tenetur* encontra-se parcialmente restringido em direito de mera ordenação social da competência das entidades reguladoras e de supervisão, já que o direito à não auto-incriminação está restringido, ao abrigo dos deveres de colaboração, mas o direito ao silêncio pode ser exercido, quer na fase administrativa, quer já em fase de processo de contra-ordenação.

4.3. ÂMBITO DE VALIDADE SUBJECTIVO

O âmbito de validade subjectivo não levanta questões de maior, pelo menos não relativamente às pessoas singulares.

No entanto, quando o que está em causa são as pessoas colectivas, aí a questão já é mais controvertida. Neste caso a pergunta a formular é a seguinte: em que medida é que o *nemo tenetur* é aplicável às pessoas colectivas, no âmbito de processos sancionatórios que eventualmente lhes venham a ser instaurados? A resposta difere consoante os ordenamentos jurídicos, existindo uma clara cisão entre aqueles que rejeitam a aplicabilidade do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* às pessoas

¹⁶⁷ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* pp. 94-102.

colectivas¹⁶⁸ e aqueles que defendem que, similarmente ao que acontece com as pessoas singulares, o *nemo tenetur* se aplica às pessoas jurídicas colectivas.

O ordenamento jurídico-criminal português reconhece a extensão dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, das garantias de defesa às pessoas colectivas. O direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação integram as garantias processuais de defesa asseguradas ao arguido, logo e por igualdade de razão, também às pessoas colectivas, que a CRP expressamente consagra como titulares dos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza¹⁶⁹ (art.º 12º, nº 2 da CRP¹⁷⁰), é aplicável o *nemo tenetur*, mesmo que, como supra exposto, este não tenha validade na fase administrativa dos processos de contra-ordenação¹⁷¹. Acrescente-se ainda o argumento de que podendo ser alvo de responsabilidade penal (art.º 11º do Código Penal), não faria sentido não atribuir os direitos que assistem ao arguido às pessoas colectivas¹⁷², *maxime*, os direitos ao silêncio e à auto-incriminação, que

¹⁶⁸ O sistema jurídico norte-americano rejeita a extensão dos direitos fundamentais, em geral, e das garantias processuais, em particular, às pessoas colectivas. São vários os argumentos utilizados para sustentar essa posição, sendo de destacar o seguinte: as pessoas colectivas são uma ficção jurídica criada pelo Estado, são entes desprovidos de alma e pensamento, não devendo, por isso, ser titulares de direitos que são pessoais e que estão indelevelmente ligados à dignidade da pessoa humana. As pessoas colectivas, não sendo titulares do direito ao silêncio, nem do direito à não auto-incriminação, devem estar sujeitas ao poder de controlo, vigilância e fiscalização do Estado. Ainda, para que esse *ius imperii* se exerça sem obstáculos, os trabalhadores que constituem as pessoas colectivas não se podem recusar a entregar documentos ou a fornecer informações que incriminem a sociedade, pois tal resultaria no fracasso dos processos de contra-ordenação, comprometendo-se a tutela do interesse público. Esta argumentação encontra-se desenvolvida no caso, decidido no *United States Supreme Court, Hale v. Henkel*, disponível através do link <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/201/43.html>, consultado a 05 de Janeiro de 2017.

¹⁶⁹ Os direitos e deveres fundamentais compatíveis com a natureza das pessoas colectivas é algo que apenas se pode aferir casuisticamente. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o ser ou não ser compatível com a natureza das pessoas colectivas depende naturalmente da própria natureza de cada um dos direitos fundamentais, sendo incompatíveis aqueles direitos que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas, com os indivíduos”. Escrevem ainda os autores que também a natureza das pessoas colectivas em causa é um factor determinante para apreciar a compatibilidade dos direitos fundamentais com a personalidade colectiva. De modo mais desenvolvido, Canotilho, J. J. Gomes (e Vital Moreira) – *Constituição da República Portuguesa Anotada ...* pp. 330-331. Veja-se também Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 8, p. 190: “As pessoas colectivas arguidas em processo criminal têm alguns dos direitos e deveres mencionados, mas não todos”. Paulo Pinto de Albuquerque relembra igualmente as palavras do pioneiro acórdão do Tribunal Constitucional nº 656/97: “não poderá sustentar-se que não sejam aplicáveis às pessoas colectivas arguidas as garantias do processo criminal que sejam compatíveis com a sua natureza”.

¹⁷⁰ “Art.º 12º - Princípio da Universalidade:

2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos demais deveres compatíveis com a sua natureza”.

¹⁷¹ Esta é uma afirmação com a qual nem toda a doutrina e jurisprudência concordam, no entanto, a restrição do *nemo tenetur* em prol da utilidade e da boa aplicação do direito é para nós a posição a apoiar. Iremos desenvolver os nossos argumentos em momento próprio.

¹⁷² No mesmo sentido, Canotilho, J. J. Gomes (e Vital Moreira) – *Constituição da República Portuguesa Anotada ...* p. 526: “Embora sendo direitos eminentemente pessoais, pode, porém, fazer sentido estendê-los às pessoas colectivas (art.º 12º-2), na medida em que elas podem ser responsáveis criminalmente ou por infracções contra-ordenacionais”. Alertam, contudo, os autores que isso “não quer dizer que as garantias valham exactamente nos mesmos termos (por ex., quanto ao nº 8)”.

compõem o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Saliente-se também que as pessoas colectivas, pese embora sejam ficções jurídicas criadas pelo Estado, são, do ponto de vista material, um conjunto de pessoas físicas, um conjunto de pessoas singulares, de indivíduos, que contribuem para a prossecução dos fins daquelas pessoas jurídicas e que veriam os seus direitos fundamentais afectados caso o sistema jurídico se recusasse a conferir protecção dos direitos fundamentais às pessoas colectivas. Refira-se, por último, o argumento utilizado por Frederico da Costa Pinto e que difere ligeiramente dos supra explanados. Este autor acredita que o direito ao silêncio não é exclusivo da pessoa humana e, de modo muito simples, explica o motivo da sua crença. Diz o autor que “se se admite que a pessoa colectiva pode prestar declarações em processo através do seu representante legal, tem de se reconhecer que o oposto (o direito a não prestar declarações) é compatível com a sua natureza”, desde que, claro está, essa vontade de não prestar declarações seja imputada ao ente colectivo¹⁷³.

Igualmente favorável à extensão do *nemo tenetur* às pessoas colectivas se mostra a jurisprudência do TEDH, que tem vindo a sustentar a titularidade de direitos fundamentais por parte das pessoas colectivas, independentemente da sua natureza/forma¹⁷⁴.

Em suma, o *nemo tenetur* tem como titulares tanto as pessoas singulares, quanto as pessoas colectivas, sendo a invocação do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, no caso destas, feito pelos seus legais representantes¹⁷⁵.

Cumpra, todavia, fazer uma derradeira nota¹⁷⁶ relativamente ao que o TEDH nos diz sobre o âmbito de validade subjectivo do *nemo tenetur*. De acordo com o art.º 6º, nº 1 da CEDH, os direitos ao silêncio e à não auto-incriminação contidos, implicitamente, no conceito de processo equitativo, apenas podem ser invocados por quem tenha estatuto de acusado de uma ofensa criminal¹⁷⁷. O estatuto de acusado é, assim, o

¹⁷³ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 97.

¹⁷⁴ Vide Ac. do TEDH *Vastberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*, de 21 de Maio de 2003, disponível através de <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-60627>, consultado em 06 de Janeiro de 2017.

¹⁷⁵ Este é um tema que também levanta importantes questões, na medida em que se discute até que ponto a não extensão à pessoa colectiva do direito ao silêncio e à não auto-incriminação pode afectar a protecção das pessoas físicas: poderão estas exercer o *nemo tenetur* sempre que da informação requerida pela entidade reguladora/supervisora possa resultar a sua responsabilidade criminal? Fica a questão.

¹⁷⁶ Uma breve nota porquê? Porque não é nosso objetivo desenvolver a questão ao nível das instâncias europeias, mas ao nível do nosso ordenamento jurídico interno. Não podíamos, contudo, deixar de dar conta desta informação, uma vez que, enquanto Estado-Membro da União Europeia, Portugal não pode ser alheio a estas nuances.

¹⁷⁷ Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência (...)* p. 119.

critério delimitador do âmbito de aplicação subjectivo do princípio *nemo tenetur*, não se colocando a questão ao nível da distinção entre pessoa singular e pessoa colectiva¹⁷⁸.

4.4. ÂMBITO DE VALIDADE MATERIAL/OBJECTIVO

A delimitação do âmbito objectivo ou material de aplicação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é, provavelmente, a tarefa mais complexa de se fazer. No entanto, as querelas que nesta sede têm lugar, já foram por nós abordadas logo no início da dissertação. De facto, este é o momento em que se discute que realidades são abrangidas pelo *nemo tenetur*. Como acima mencionámos, este princípio é constituído por dois vectores fundamentais: o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. No entanto, cremos que o assunto já foi suficientemente debatido, com a exposição das principais posições da doutrina, pelo que remetemos o leitor para aquilo que atrás ficou assente no sub-capítulo dedicado ao tema “conteúdo e significado do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”. Adiante, desenvolveremos um pouco mais a matéria relativa ao âmbito material de aplicação do *nemo tenetur*, sendo o nosso foco principal a dimensão do direito ao silêncio. Iremos expor as concepções restritivas e as concepções amplas do *nemo tenetur*, na óptica daquele direito, mostrando, nessa sequência, qual o nosso posicionamento. Deste modo, acreditamos que não haverá nada de maior a acrescentar neste sub-capítulo, a não ser no que concerne ao direito supranacional.

Segundo a jurisprudência do TEDH, existem três categorias de situações a distinguir no âmbito de aplicação objectivo do *nemo tenetur* e estas estão relacionadas com a natureza da fonte da informação que se pretende obter através da colaboração do acusado¹⁷⁹:

¹⁷⁸ A jurisprudência do TEDH atribui uma autonomia significativa das noções e dos conceitos jurídicos contidos na CEDH relativamente a outros semelhantes e que vigoram nos ordenamentos dos Estados contraentes. Daí que, para uma melhor compreensão do critério delimitador do âmbito subjectivo de aplicação do *nemo tenetur* à luz da CEDH, seja imperativo consultar a jurisprudência do TEDH mais relevante; a saber, caso *Serves v. França*, caso *Heaney and McGuinness v. Reino Unido*, caso *Weh and Rieg v. Áustria* e caso *J.B. v. Suíça*.

¹⁷⁹ Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência (...)* p. 130 e ss. Veja-se mais detalhadamente os seguintes casos: *Heaney and McGuinness v. Irlanda*, *Serves v. França*, *Shannon v. Reino Unido*, *Saunders v. Reino Unido*.

1. Situações em que o uso de poderes coercivos se destina a que o acusado preste **declarações**, pondo-se em causa o seu direito ao silêncio;
2. Situações em que o uso de poderes coercivos visa a obtenção de informações através da **entrega de documentos** pelo acusado;
3. Situações em que o uso de poderes coercivos se relaciona com a **obtenção de material corpóreo** do acusado para análise.

As três categorias de casos acima elencadas resumem, na perfeição, os campos temáticos em causa quando falamos de direito à não auto-incriminação e de direito ao silêncio. Efectivamente, é em torno das declarações, da entrega de documentos e da recolha de material genético que tudo ocorre, com especial atenção para o caso das pessoas colectivas, onde existe a impossibilidade física de recolha de material corpóreo, sendo que o debate se faz apenas entre o *nemo tenetur* e a prestação de declarações e o *nemo tenetur* e a entrega de documentos. Esta tripartição transita do direito supranacional para o direito interno¹⁸⁰, sendo certo que aquilo que nos interessa estudar está intimamente ligado ao direito ao silêncio, às declarações do supervisionado/arguido em processo de contra-ordenação e, especialmente, à questão do dever de entrega de documentos.

¹⁸⁰ Os problemas relacionados com o âmbito de validade material do *nemo tenetur* são os mais complexos e, por isso, requerem mais atenção. À medida que nos afastamos do núcleo essencial, a proteção que o princípio goza vai-se relativizando e ficando dependente das circunstâncias do caso concreto. Veja-se Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* pp. 23-34, para um conhecimento mais profundo das discussões em redor da recolha de fluídos, entrega de documentos ou testes de alcoolemia.

5. DO DIREITO AO SILÊNCIO

Chegados a este ponto, já sabemos que o direito ao silêncio não só é uma das dimensões integrantes do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, como também é um direito de defesa pessoal negativa. Germano Marques da Silva chama a atenção para a complexidade inerente ao direito de defesa, pugnando que, mais do que o mero respeito pelas regras do processo com vista à descoberta da verdade material, se deve actuar com um absoluto respeito pela dignidade da pessoa humana, dignidade essa que a pessoa do arguido nunca perde¹⁸¹. O que se busca no processo criminal é, acima de tudo, a realização da Justiça e essa só é alcançada quando o arguido pode exercer ampla e livremente a sua actividade de defesa, *i.e.*, a actuação processual que tem por fim favorecê-lo¹⁸². E se, por um lado, todos os sujeitos processuais podem praticar actos que favoreçam o arguido, por outro lado, é de esperar que estes sejam praticados pelo próprio ou pelo seu defensor¹⁸³. O direito ao silêncio surge, assim, como um dos actos de auto-defesa à disposição do arguido.

Enquanto direito de defesa pessoal negativa, o direito ao silêncio traduz-se na recusa a prestar qualquer tipo de declaração/depoimento e na recusa a responder a quaisquer perguntas sobre os factos que lhe são imputados, caso estes possam, de algum modo, contribuir para a sua auto-incriminação e, por conseguinte, para a sua condenação em processo criminal. Implicitamente consagrado no art.º 32º, nº 1 da CRP, sendo um componente do extenso rol de garantias de defesa asseguradas em processo criminal (e em processo contra-ordenacional, por via do nº 10 do art.º 32º da CRP), o direito ao silêncio está, como ademais já sabemos, expressamente contemplado no CPP, no art.º 61º, nº 1, alínea d). Diga-se ainda que sendo considerado o núcleo essencial do *nemo tenetur*, o direito ao silêncio espelha a natureza de um processo penal onde se tutelam as garantias que permitem a qualificação do arguido como um verdadeiro sujeito processual¹⁸⁴, e já não como

¹⁸¹ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português* ... pp. 71-72.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 41. Atente-se, quanto a esta natureza de sujeito processual da qual o arguido goza, ao conteúdo do Acórdão 695/95 do Tribunal Constitucional que declarou inconstitucional o nº 2 do art.º 342º do CPP, por entender que “a imputação ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formulada no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”, *apud* Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ...

objecto da sua própria incriminação. Este “direito a calar”¹⁸⁵ não levanta, por conseguinte, grandes questões quanto à sua base e fundamento legais. No entanto, a determinação do seu exacto conteúdo suscita alguma discussão.

Figueiredo Dias e Costa Andrade parecem interpretar restritivamente o direito ao silêncio, porquanto fazem menção à vasta malha de normas que asseguram o respeito pelo referido direito, designadamente através da proibição da valoração contra o arguido tanto do silêncio total (art.º 343, nº 1 do CPP), como do silêncio parcial (art.º 345º, nº 1 do CPP)¹⁸⁶. Mais, explicam os autores que o direito a guardar silêncio se identifica com “o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a declarar contra si mesmo”¹⁸⁷, salientando, diversas vezes, que o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não têm conteúdos idênticos, não se podendo confundir um com o outro, mesmo que os dois direitos sejam praticamente indissociáveis¹⁸⁸. A verdade é que se, por um lado, o direito ao silêncio impede a revelação de informações que possam incriminar o arguido através das palavras proferidas, por outro lado, não são só as declarações que fornecem informações, sendo certo que tudo o que não toma a forma de declaração cabe no conteúdo do direito à não auto-incriminação.

Por seu turno, e no mesmo sentido, Frederico da Costa Pinto entende que o conteúdo do direito ao silêncio se cinge apenas à liberdade de declaração. O autor chama mesmo a atenção para o facto de o direito ao silêncio abranger apenas e só o direito a não responder a perguntas ou a prestar declarações sobre os factos que são imputados ao arguido, deixando de fora todo e qualquer direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder¹⁸⁹.

A corroborar estas opiniões encontra-se Paulo Pinto de Albuquerque que, em anotação prévia ao artigo 345º do CPP, escreve que “o direito ao silêncio consiste no direito de não ter de fazer declarações” e o “direito à não auto-incriminação é mais

pp. 41-42. Para mais desenvolvimentos sobre o perigo de degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria, vide Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação* ... pp. 23-34.

¹⁸⁵ Expressão utilizada por Germano Marques da Silva.

¹⁸⁶ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 39.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 38-39.

¹⁸⁸ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 95.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 38.

amplo, consistindo no direito de não ter de apresentar provas documentais ou outras, nem colaborar na aquisição de provas”¹⁹⁰.

A jurisprudência constitucional parece concordar com esta dimensão mais circunscrita do direito ao silêncio¹⁹¹, já o tendo associado à norma contida no art.º 61º, nº 1, alínea d) do CPP, isto é, o direito ao silêncio abarca a colaboração do arguido na sua incriminação através das declarações sobre os factos que lhe são imputados. Assim, quando falamos em direito ao silêncio, estamos apenas a referir-nos ao meio de prova declarativo¹⁹². À semelhança do que acontece a nível nacional, a concepção restritiva do direito ao silêncio encontra também ela apoio na jurisprudência internacional, *maxime* do TEDH. No famoso Acórdão *John Murray v. Reino Unido*, o significado do direito ao silêncio ficou bem claro. De acordo com o que aí ficou sustentado, o silêncio deve ser tomado como a ausência “pura e simples” de resposta¹⁹³, limitando-se, por conseguinte, às declarações.

Em sentido oposto, as concepções amplas, que ademais não acompanhamos, acabam por interpretar o direito ao silêncio com uma abrangência tão grande que no seu conteúdo cabe tudo aquilo que compõe o *nemo tenetur*, acabando por haver uma certa coincidência entre este princípio e aquele direito. Não almejamos aqui desenvolver muito mais as concepções amplas do direito ao silêncio, já que o nosso pensamento não segue essa linha, pelo que remetemos para o que anteriormente ficou sedimentado sobre a distinção entre as correntes maximalista e minimalista.

A nosso favor diga-se ainda que a palavra se mostrou, desde sempre, um acto comunicativo da maior importância, sendo detentora de um enorme poder no que à matéria da prova diz respeito¹⁹⁴. Foi precisamente esse seu poder que permitiu a autonomização do direito ao silêncio. Após séculos de condenações com base exclusiva nas declarações do arguido, a palavra proferida adquiriu um estatuto que nenhum outro meio de prova conseguiu adquirir. Logo, faz todo o sentido que o tratamento das declarações seja feito em lugar próprio, no âmbito do direito ao silêncio e sem comungar do regime previsto para a entrega de documentos. Com efeito, ficou acima demonstrado que o direito ao silêncio em processos contra-ordenacionais da

¹⁹⁰ Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 1, p. 892. Sobre este assunto, e no mesmo sentido, consulte-se ainda o acórdão *Saunders v. Reino Unido*, de 17 de Dezembro de 1996.

¹⁹¹ Consulte-se o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 372/98.

¹⁹² Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido ...* p. 109.

¹⁹³ Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência (...)* p. 149.

¹⁹⁴ Recorde-se que, historicamente, a confissão era considerada a rainha das provas, não sendo necessária mais nenhuma prova para condenar o arguido.

competência das entidades de regulação e supervisão tem uma maior protecção do que o direito à não auto-incriminação, já que o arguido poderá invocar o direito ao silêncio, mas não o direito à não auto-incriminação, pois está vinculado ao dever de colaboração e a recusa de entrega de elementos pode resultar na aplicação de uma sanção pesada ao supervisionado, por parte do supervisor. O direito ao silêncio refere-se a depoimentos e declarações, sendo certo que deve ser este o seu conteúdo, sem acrescentos que nada de benéfico trazem, antes pelo contrário, esvaziam o conteúdo do segundo vector mais importante do *nemo tenetur* e que é o direito à não auto-incriminação forçada.

Em suma, o direito ao silêncio pode até ser a mais forte expressão do direito à não auto-incriminação, mas, por isso mesmo, deve ter autonomia, quer em relação ao *nemo tenetur*, quer em relação ao direito à não auto-incriminação, não se confundindo com nenhum deles.

5.1. O DIREITO AO SILÊNCIO E O DEVER DE COLABORAÇÃO

O direito ao silêncio tem, necessariamente, de ser lido em paralelo com o dever de colaboração do arguido. A doutrina alemã, em especial, formulou duas teorias da colaboração do arguido a que faz todo o sentido fazer menção, a saber, a doutrina da colaboração passiva e a doutrina da colaboração activa¹⁹⁵. Como desde já se antecipa, mais não seja pelo próprio significado das palavras, a doutrina tradicional alemã distingue os dois modos de colaboração com base no comportamento do arguido: se a colaboração se consubstancia numa sujeição, estamos na presença de colaboração passiva, se, por outro lado, aquela se caracteriza pela prática de uma acção ou comportamento activo¹⁹⁶, estamos perante colaboração activa. A colaboração activa é considerada, pelo pensamento mais conservador, uma colaboração inexigível ao arguido e em relação à qual existe um verdadeiro direito de oposição, na medida em que se traduz numa violação do *nemo tenetur*¹⁹⁷. Seguindo esta lógica, a colaboração passiva é tomada como a única colaboração exigível ao arguido. Em Portugal, existe um acórdão de 2009, do Tribunal da Relação do Porto,

¹⁹⁵ Também conhecidas como a teoria da conduta activa e a teoria da tolerância passiva.

¹⁹⁶ Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido* ... p. 97.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

que parece reconhecer e acolher esta distinção que se opera entre dever de colaboração activa e dever de colaboração passiva¹⁹⁸, aquando da confirmação do acórdão recorrido, que já tinha decidido no sentido de que “o facto de o arguido dever sujeitar-se a diligências de prova (...) não significa que o arguido seja obrigado a colaborar activamente para a descoberta da verdade e para a obtenção de prova incriminadora”. Acrescenta ainda o Tribunal *a quo* que “atentas as exigíveis garantias de defesa do arguido, na decorrência do seu direito ao silêncio (...), conclui-se que não existe qualquer dever de colaboração do arguido, especialmente quando está em causa a sua auto-incriminação”¹⁹⁹. Constatamos, assim, que toda esta corrente doutrinária tradicional se mostra um tanto fundamentalista ao afastar, logo em primeira linha, toda a colaboração activa²⁰⁰.

No entanto, a doutrina mais moderna de *Wolfslast*, que tem defendido como fundamento do *nemo tenetur* a dignidade da pessoa humana, não concorda com os contornos tão rígidos daquela doutrina supra mencionada. Considera a autora que até os comportamentos passivos de colaboração podem atentar contra o *nemo tenetur*, principalmente no que ao direito à não auto-incriminação diz respeito²⁰¹. Acompanhando esta posição mais moderada, encontramos-nos ao lado de Manuel da Costa Andrade e Lara Sofia Pinto, entre outros, que defendem o afastamento do entendimento fundamentalista da doutrina tradicional alemã no ordenamento jurídico-criminal português, devido principalmente à difícil aplicação prática daquilo que a teoria propugna. Com efeito, torna-se assaz complicado fazer a distinção e delimitar a fronteira entre aquilo que é um comportamento activo e aquilo que é uma sujeição²⁰².

¹⁹⁸ Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incrminação versus Colaboração do Arguido* ... p. 97. Atente-se que Lara Sofia Pinto refere-se ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Janeiro de 2009, processo nº 0816480, que julgou como legítima a recusa do arguido em se sujeitar à recolha de autógrafos sem que com isso incorresse no crime de desobediência. O Tribunal considerou tal comportamento como uma conduta passiva, característica do dever de colaboração passivo, desde logo inexigível ao arguido quando tal conduza à sua auto-incriminação.

¹⁹⁹ Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incrminação versus Colaboração do Arguido* ... nota de rodapé nº 9, pp. 97-98.

²⁰⁰ No mesmo sentido, veja-se Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incrminação versus Colaboração do Arguido* ... pp.97-98 e também Lima, Sofia Belo Campos de – *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare* ... pp. 29-30.

²⁰¹ *Wolfslast* diz que a humilhação e o tormento de ter de ser instrumento contra si próprio podem ser maiores em caso de colaboração passiva, forçada e verificadas certas circunstâncias do que em caso de colaboração activa. Para mais desenvolvimentos *vide* Gabrielle *Wolfslast* *apud* Andrade, Manuel da Costa – *Sobre as proibições da prova* ... pp. 127-128.

²⁰² Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incrminação versus Colaboração do Arguido* ... p. 98. No mesmo sentido, Lima, Sofia Belo Campos de – *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare* ... p. 30. Veja-se ainda, Andrade, Manuel da Costa – *Sobre as proibições da prova* ... pp. 128 e ss. O autor ilustra bem esta dificuldade na delimitação de acção/sujeição com o exemplo do reconhecimento de pessoas enquanto meio de prova. De facto, ao contrário do que defende a doutrina alemã tradicional, o reconhecimento assemelha-se mais a uma acção do arguido do que a uma sujeição, já que se exige do

Perante tais críticas, é de afastar a recepção das teorias da colaboração activa e passiva.

O Tribunal Constitucional (doravante TC) também já se pronunciou sobre o assunto, inutilizando, em sede de aplicação do *nemo tenetur*, a distinção operada entre colaboração activa e colaboração passiva. No seu Acórdão nº 155/2007²⁰³, referente à recolha de saliva para efeitos de realização de testes de ADN, o TC veio dizer que tal recolha não só foge àquela dicotomia, como se afigura irrelevante, porquanto tal diligência não se pode classificar como uma diligência de auto-incriminação²⁰⁴. Aquando da leitura do acórdão, verificamos que o TC afasta o critério acção/sujeição, uma vez que este para além de simplista, por tentar dividir a colaboração activa da colaboração passiva de modo tão rigoroso, mostra-se irrelevante, já que os casos de colaboração do arguido previstos no CPP não se reconduzem apenas a situações de colaboração passiva. Ou seja, o nosso legislador não afasta imediatamente os casos de colaboração activa. Mais, o TC parece entender que a recolha de ADN se traduz numa situação de colaboração “mista”, defendendo que na vida não é tudo “preto no branco”, antes pelo contrário, existem uma série de zonas cinzentas²⁰⁵. Por conseguinte, a doutrina alemã da colaboração activa e da colaboração passiva não deve ser tida como critério para efeitos de apuramento do dever de colaboração por parte do arguido, no ordenamento jurídico nacional.

Teorias da colaboração à parte, no nosso sistema jurídico-criminal a existência de um dever genérico de colaboração é a excepção e não a regra. Como ensina Paulo Pinto de Albuquerque, o arguido não tem o dever de colaborar com o tribunal ou com o MP com vista à descoberta da verdade material, dado o seu direito constitucional ao silêncio (art.º 32º, nº 1 da CRP)²⁰⁶. A maioria da doutrina defende mesmo que não

arguido que adopte determinada postura e não chame a atenção sobre si, com vista a não inutilizar o resultado que se pretende atingir através do reconhecimento. Costa Andrade salienta também que o reconhecimento encontra-se expressamente previsto no art.º 147º do CPP, em observância com os critérios de admissibilidade de restrições ao *nemo tenetur* (matéria que adiante desenvolveremos). De acordo com a corrente alemã mais conservadora, o reconhecimento é admissível não por estar previsto na lei (que aliás não está), mas por ser uma colaboração exigível face ao seu carácter de comportamento passivo. Ora, não é assim que a corrente moderna e que Costa Andrade pensam. O reconhecimento deve ser visto enquanto um comportamento activo e exigível, face à restrição que a lei impõe ao *nemo tenetur*. Lá porque a colaboração é activa, não fica desde logo excluída, tornando-se inexigível logo “à nascença”. A distinção entre colaboração activa e colaboração passiva não deve, nem pode, ser o critério para determinar se a colaboração é exigível ou, pelo contrário, inadmissível. No mesmo sentido Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido* ... p. 99.

²⁰³ Disponível através de <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html?impressao=1>, consultado em 18 de Janeiro de 2017.

²⁰⁴ Lima, Sofia Belo Campos de – *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare* ... p. 31.

²⁰⁵ Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido* ... p. 99.

²⁰⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal* ... anotação nº 27, pp. 56-57.

existe um dever de colaboração, na medida em que é incompatível com o direito do arguido ao silêncio e à não auto-incriminação²⁰⁷. Ou seja, da conjugação do *nemo tenetur* com o dever de colaboração retiram-se várias consequências práticas de extrema importância²⁰⁸, das quais destacamos as seguintes:

1. O arguido não tem de prestar depoimento, quer este seja incriminador, quer este seja desculpante²⁰⁹;
2. O arguido não tem de entregar qualquer tipo de documento ou elemento de prova, não tendo de contribuir para a aquisição desta;
3. A pena do arguido não pode ser agravada por ele não ter colaborado, *maxime* através de uma confissão.

Neste seguimento, cumpre esclarecer que o facto de inexistir uma previsão legal que sancione os casos em que o arguido falta à verdade, não significa que se possa afirmar que estejamos perante um direito a mentir por parte do arguido²¹⁰. Com efeito, a não imposição da obrigação de dizer a verdade não é o mesmo do que o acolhimento do direito à mentira: uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade, que ademais acontece, outra coisa completamente diferente é a colaboração voluntária do arguido, que quebra o seu silêncio servindo-se de declarações falsas.

Não poderíamos terminar este capítulo sem fazer referência aos processos de contra-ordenação da competência das entidades reguladoras e de supervisão. Neste ramo do direito sancionatório, existe um expresse dever de colaboração por parte das

²⁰⁷ Lima, Sofia Belo Campos de – *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare ...* pp. 31-32. De modo mais desenvolvido consulte-se Dias, Jorge de Figueiredo – *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal* in Jornadas de Direito Processual Penal, Almedina, Coimbra, 1991, p. 27-28.

²⁰⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 27, p. 56.

²⁰⁹ Paulo Pinto de Albuquerque explica que “o direito ao silêncio e à não auto-inculpação nasce logo que existe uma suspeita, pois assim que alguém é confrontado com questões ou pedidos de documentos que possam resultar numa auto-incriminação, essa pessoa é de facto acusada no sentido do art.º 6º da CEDH (...). Portanto, é inadmissível a prestação compulsiva de depoimento prejudicial ao depoente, seja esse depoimento feito sob ameaça de procedimento criminal (...), ou sob a ameaça de inferências desfavoráveis ao depoente na decisão sobre a matéria de facto no caso de ele não responder”. Para mais desenvolvimentos, veja-se Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 1 pp. 892-893. Ainda, acórdão John Murray v. Reino Unido, de 8 de Fevereiro de 1996, Saunders v. Reino Unido, de 17 de Dezembro de 1996, Telfner v. Áustria, de 20 de Março de 2001.

²¹⁰ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2008, proc. Nº 08P694: “Inexiste no nosso ordenamento jurídico um direito a mentir; a lei admite, simplesmente, ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de dizer a verdade. Contudo, uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade e outra é a inscrição de um direito do arguido a mentir, inadmissível num Estado de Direito (...)”. Acórdão consultado disponível através de <http://www.dgsi.pt/istj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6082ccff48a8006980257421003b9252?OpenDocument>, consultado em 19 de Janeiro de 2017.

entidades supervisionadas. Estas devem colaborar com os órgãos fiscalizadores na descoberta da verdade material, nomeadamente através da entrega de todos os elementos que lhes sejam requeridos, sob pena de aplicação de uma sanção (coima). Assistimos, pois, a uma excepção à regra geral e cuja restrição se encontra constitucionalmente justificada, como veremos oportunamente²¹¹.

5.2. O DIREITO AO SILÊNCIO E O DEVER DE ADVERTÊNCIA

O direito ao silêncio é necessariamente acompanhado de deveres de informação e de esclarecimento. Na realidade, dentro do vasto leque das garantias de defesa de que é titular, o arguido tem direito a ser informado sobre os seus direitos²¹². Como muito bem escreve Sofia Saraiva de Menezes, “a utilização do arguido como meio de prova deve ser sempre limitada pelo total respeito pela sua decisão de vontade”, que, antes de mais, deve ser livre e esclarecida²¹³. Ora, com base nesta ideia, o nosso legislador decidiu prever expressamente no CPP um dever de advertência sobre os direitos que ao arguido assistem, *maxime*, o direito ao silêncio (art.º 61º, nº 1, alínea h) do CPP). De facto, só tendo conhecimento dos seus direitos é que o arguido pode decidir se presta declarações ou se responde às questões que lhe são colocadas pelas autoridades. No que concerne ao direito ao silêncio, só se poderá dizer que a vontade não padece de nenhum vício na sua formação se o arguido for informado de que se pode recusar a falar sem que isso lhe seja desfavorável.

A tarefa de informar o arguido do seu direito ao silêncio é da competência dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais. Saliente-se, contudo, que estas

²¹¹ Já ficou assente que sempre que a recusa, por parte do arguido, em prestar declarações, entregar documentos ou sujeitar-se a exames não colidir com obrigações legais em sentido oposto, tal recusa é legítima, não devendo o arguido ser compelido a praticar a conduta em causa, nem responder pelo crime de desobediência. Situação diferente acontece quando os interesses protegidos colidem e prevalecem sobre o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. Nestes casos, o arguido deve ser compelido a realizar a conduta, podendo a sua recusa ser punida a título de desobediência. É, de resto, o que se passa nos processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão. A *ratio* da supervisão justifica a restrição do *nemo tenetur*, como veremos adiante, quando o assunto for tratado com o devido cuidado e pormenor.

²¹² Vide a título de exemplo o art.º 61º, nº 1, alínea h), o art.º 141º, nº 4, alínea a) e o art.º 343º, nº 1 do CPP. Consulte-se ainda Mendes, Paulo de Sousa – Lições de Direito Processual Penal ... p. 129: “Quanto ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, o CPP regula cuidadosamente a maneira como deve ser efectuado, impondo que ele seja informado e esclarecido dos seus direitos (...)”. Paulo de Sousa Mendes aprofunda o tema, esclarecendo que a revisão de 2007 reforçou as garantias de defesa do arguido, salientando as alterações mais significativas, a saber, art.º 61º, nº 1, alínea c), art.º 141º, nº 4, art.º 143º, nº 2 do CPP.

²¹³ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito* ... p. 130.

entidades actuam em fases distintas. Se é verdade que, por um lado, o dever de advertência incumbe às autoridades policiais na fase do inquérito (art.º 58º, nº 2, art.º 144º, nº 2 do CPP), por outro lado é verdade que cabe às autoridades judiciais nas fases de instrução e de julgamento (art.º 141º, art.º 343º, nº 1 e art.º 345, nº 1 do CPP).

Pese embora o direito ao silêncio e o dever de advertência “andem de mãos dadas”, ainda se verifica uma certa desprotecção relativamente ao direito ao silêncio, nomeadamente quando estão em causa as testemunhas e não o arguido. Bem sabemos que à testemunha não são reconhecidos os direitos e deveres do arguido, no entanto, aquela é titular do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, podendo recusar-se a falar, requerendo a sua constituição como arguida sempre que acredite que as suas declarações lhe possam ser de alguma forma desfavoráveis. Todavia, apesar de à testemunha ser conferido o direito de se remeter ao silêncio e de se recusar a responder a perguntas auto-incriminatórias, a verdade é que a lei processual penal não tem o cuidado de prever expressamente a obrigatoriedade do dever de advertência para essas situações. Logo, dir-se-á que é patente a falta de protecção do direito ao silêncio em casos que, como este, são claramente auto-incriminatórios²¹⁴. Por conseguinte, e perante esta falha na lei, cremos que a prática correcta será advertir as testemunhas do seu direito ao silêncio antes de estas prestarem qualquer tipo de depoimento.

Relativamente ao dever de advertência, surge uma outra questão igualmente importante e que se prende com o seu incumprimento. A questão do incumprimento do dever de advertência divide a doutrina em duas soluções: uns defendem a “prescrição ordenativa de produção de prova” e outros defendem a proibição desta²¹⁵. A diferença entre ambas reside na valoração da prova. Enquanto a primeira solução não impede a valoração das declarações do arguido, uma vez que disciplina apenas um “procedimento exterior” e acarreta a mera responsabilidade disciplinar do autor, a segunda solução constitui “um autêntico limite à descoberta da verdade material”²¹⁶. Se na Alemanha a doutrina ainda se divide entre as duas correntes, em Portugal a maior parte da doutrina parece cominar o incumprimento do dever de advertência com a proibição de valoração da prova, de acordo com o disposto no art.º 158º, nº 2 do

²¹⁴ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 130.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 131.

²¹⁶ *Ibidem*.

CPP²¹⁷. Com efeito, esta corrente doutrinária acredita que tal omissão perturba o poder decisório do arguido, através da violação do seu direito de defesa (e consequentemente o direito ao silêncio) e da sua dignidade pessoal, o que por si só conduz à exclusão das declarações como meio probatório. Por oposição, existe uma corrente minoritária que sustenta uma solução menos pejorativa, a saber, a mera irregularidade. O fundamento no qual assenta tal ideia reside no art.º 118º, nº 2 do CPP que estabelece que sempre que a lei não cominar expressamente um acto com a nulidade, ele é apenas e somente irregular²¹⁸.

Em relação à prova testemunhal, a jurisprudência²¹⁹ tem vindo a afirmar que a omissão do dever de advertência, previsto no nº 2 do art.º 134º do CPP, é causa de nulidade. Porém, esclarece aquela que a nulidade que afecta a prova segue, nestes casos, o regime especial das proibições de prova, nos termos do art.º 122º do CPP. Ou seja, a prova é susceptível de sanção sempre que tal for materialmente possível e sem nova proibição de prova²²⁰. Paulo Pinto de Albuquerque crê, por seu turno, que o incumprimento do dever de informação e esclarecimento no que se refere às testemunhas deve ser ferido com nulidade, pois a proibição de prova, nesses casos, advém da intromissão na vida privada²²¹.

Resumindo, quer se refira ao arguido, quer se refira à testemunha, a omissão do dever de advertência consubstancia sempre uma proibição de prova, ressalvando-se, contudo, aquelas situações em que existe ratificação e reiteração das declarações após a tomada de conhecimento do seu direito ao silêncio²²².

²¹⁷ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 130.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 131.

²¹⁹ Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 13-06-2008.

²²⁰ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 132. Mais, veja-se: as nulidades previstas no art.º 126º, nº 3 do CPP podem ser sanadas através do consentimento a posteriori do titular do direito.

²²¹ Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotação nº 23, alínea d), p. 343. Diz o autor que “no caso dos artigos 132, nº 2 e 134º, há uma proibição de prova resultante da intromissão na vida privada (...). A violação desta proibição tem o efeito da nulidade das provas obtidas, salvo consentimento do titular do direito, isto é, da testemunha que prestou depoimento (art.º 126º, nº 3 do CPP)”.

²²² Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 132.

5.3. VALORAÇÃO FÁCTICA DO SILÊNCIO

Por tudo aquilo que ficou dito até agora, é seguro dizer que o *nemo tenetur*, em geral, e o direito ao silêncio, em particular, acarretam uma impossibilidade legal de valorar negativamente o silêncio contra o arguido que o invocou²²³. Por outras palavras, o silêncio do arguido não pode ser valorado ao ponto de lhe ser desfavorável, porquanto não está sujeito ao princípio da livre apreciação da prova²²⁴. Tal como defende a jurisprudência do TEDH²²⁵, no âmbito da formulação de um juízo probatório incriminador, “o silêncio deve ser tomado como ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova”²²⁶. Com efeito, não se deve presumir a culpa do arguido através do seu silêncio, por respeito ao princípio da presunção da inocência²²⁷, no qual se funda ademais o *nemo tenetur*. Se o silêncio é um dos direitos reconhecidos ao arguido, não teria qualquer cabimento que, por um lado, a lei lhe desse essa possibilidade e, por outro, lhe retirasse o sentido útil. Seria incompreensível. O exercício deste direito não poderá, nem deverá ser desfavoravelmente interpretado e valorado²²⁸.

Todavia, Germano Marques da Silva deixa uma anotação de ordem prática que tem um enorme relevo para o assunto em análise. É verdade que o arguido tem direito a não prestar declarações ou a responder a perguntas sobre os factos que lhe são imputados, sem que isso possa desfavorecê-lo, mas não podemos olvidar que se o arguido não quer falar, isto é, se o arguido opta, na sua estratégia de defesa, pelo silêncio, o Tribunal irá dar mais crédito às provas apresentadas pela acusação²²⁹. Refira-se que o princípio da presunção de inocência pouco mais é do que o

²²³ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 129.

²²⁴ *Ibidem*. Este princípio significa que “o julgador tem a liberdade de formar a sua convicção sobre os factos submetidos a julgamento com base apenas no juízo que se fundamenta no mérito objectivamente concreto desse caso (...)”, cfr. Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* pp. 95-96.

²²⁵ Vide Acórdão *John Murray v. Reino Unido*.

²²⁶ Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência (...)* p. 149.

²²⁷ No mesmo sentido, Costa Pinto escreve que “o direito ao silêncio constitui uma manifestação do direito de defesa do arguido e, por seu turno, o direito a que o silêncio não seja valorado contra si constitui (...) uma emanação probatória do princípio da presunção de inocência”. Com mais pormenor, Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* pp. 98-99.

²²⁸ Consulte-se o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-04-1993, que determina que é nula a sentença baseada no que o arguido e as testemunhas disseram **e não disseram** em audiência (negrito nosso). Para mais desenvolvimentos, consulte-se Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 129.

²²⁹ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* nota de rodapé nº 3, p. 75.

reconhecimento do direito de defesa ao arguido que, perante os elementos recolhidos pela acusação e que indicam a sua responsabilidade, deve defender-se porque, eventualmente, pode estar inocente²³⁰. No entanto, apesar de poder estar inocente, a realidade é que é a presunção de culpa que sustenta a existência de um processo e a submissão do arguido a um julgamento (art.º 283º, nº 1 e 308º do CPP)²³¹. Repita-se: a presunção de inocência só justifica a existência do direito de ampla defesa. Deste modo, dir-se-á que se o arguido optar pelo silêncio, está a renunciar “a oferecer o seu ponto de vista sobre a matéria em discussão e, nessa medida, vincula o Tribunal à valoração exclusiva dos restantes meios de prova disponíveis”²³². O que se verifica é que se abre uma janela para a “formulação de juízos probatórios integrados pela consideração do silêncio do arguido”²³³. Na teoria, há uma verdadeira e incontornável proibição da valoração negativa do silêncio do arguido; porém, na prática, o que se observa é que o arguido ao exercer o seu direito ao silêncio, deixa de beneficiar de certas circunstâncias atenuantes, tais como aquelas que a confissão ou o arrependimento lhe podem trazer. E isto porquê? A resposta é simples: se o arguido não pode ser prejudicado pelo seu silêncio, por maioria de razão também não pode dele colher vantagens²³⁴. Assim, conclui-se que, pese embora não possa ser juridicamente desfavorecido pelo seu silêncio, o arguido pode ser desfavorecido pelo exercício do seu direito a não falar do ponto de vista fáctico²³⁵.

²³⁰ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* p. 75.

²³¹ *Ibidem*.

²³² Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência (...)* p. 149.

²³³ *Ibidem*. Veja-se a este respeito os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-10-2007 e do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25-04-2009.

²³⁴ Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito ...* p. 129.

²³⁵ *Ibidem*.

6. DIREITOS ABSOLUTOS? AFECTAÇÕES E PRESSUPOSTOS

O direito processual penal tem uma função instrumental em relação ao direito penal, servindo para aplicá-lo aos casos concretos. Esta sua dimensão adjectiva confere-lhe como finalidade a realização da Justiça, que pressupõe a descoberta da verdade material e o conseqüente restabelecimento da paz jurídica dentro da comunidade onde o crime foi praticado²³⁶. No entanto, como já tivemos oportunidade de constatar, a Justiça, enquanto entidade axiológica, não é um valor absoluto, sendo inegável que a verdade tem de ser, por vezes, sacrificada em detrimento da segurança e do respeito por outros valores fundamentais que se revelam superiores casuisticamente. Se assim é para a descoberta da verdade material, também o será no sentido contrário; ou seja, não raras vezes se assiste a uma compressão de certos direitos fundamentais das pessoas em prol da descoberta da verdade dos factos objecto da acusação e imputados ao arguido. É precisamente este o ponto de interesse no presente capítulo: o *nemo tenetur* não é absoluto e pode ser alvo de afectações²³⁷ sempre que esteja em conflito com outros princípios e bens jurídicos de valor igual ou superior ao seu. De outro modo, o *nemo tenetur* é objecto de afectação sempre que o seu valor constitucional ceda perante outro princípio ou direito que se mostre mais valioso, no caso concreto. Figueiredo Dias e Costa Andrade esclarecem a este respeito que o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não têm um carácter absoluto, podendo, em determinadas condições, ser restringidos²³⁸. Com efeito, são diversas as limitações ao *nemo tenetur se ipsum accusare* no ordenamento jurídico português e, por esse motivo, cremos ser oportuno analisar a restrição, enquanto modo de afectação constitucional. Sem nunca nos esquecermos de indicar quais os pressupostos a que deve obedecer tal compressão, apontaremos a título exemplificativo algumas das limitações que o legislador português previu relativamente

²³⁶ Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português ...* pp. 24-25.

²³⁷ Cumpre agora dar a definição de afectação, para que seja claro aquilo a que nos estamos a referir quando a este conceito fazemos menção. Segundo José Melo Alexandrino, afectações “são as acções que atingem desfavoravelmente a norma, o objecto, o conteúdo ou outros efeitos de protecção de um direito, liberdade e garantia”. Note-se que as afectações correspondem a um vasto conjunto de hipóteses, cujo resultado importa sempre um prejuízo para o direito fundamental, excluindo-se, nesta sede, todo o tipo de comportamentos omissivos. De salientar que essas acções desfavoráveis podem provir de entes públicos, privados ou dos próprios titulares dos direitos, liberdades e garantias. De modo mais desenvolvido, Alexandrino, José Melo – *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª Edição: revista e actualizada, Príncipia, Cascais, 2011, p. 113.

²³⁸ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 44.

ao direito ao silêncio e ao direito à não auto-incriminação, destacando-se aquela que integra o nosso tema e que respeita à legítima²³⁹ restrição do direito ao silêncio no âmbito dos processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e de supervisão.

Vejamos, de modo sucinto, o que é uma restrição²⁴⁰ e qual o seu regime jurídico. A restrição traduz-se numa “perturbação periférica do direito”²⁴¹, na qual se mantém a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram. Com efeito, as restrições são sempre parciais e tendencialmente perenes, não podendo, em caso algum, afectar a totalidade do direito, já que se destinam a salvaguardar outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Ou seja, as restrições são sempre parciais. Para além deste seu carácter parcial, as restrições são susceptíveis apenas de atingir o gozo do direito e não o seu exercício. Finalmente, dir-se-á que as restrições caracterizam-se pela sua exclusiva aplicabilidade aos direitos, liberdades e garantias, ficando fora da sua esfera todos os direitos económicos, sociais e culturais. Precisamente por afectarem os direitos, liberdades e garantias é que o legislador conferiu às restrições um regime jurídico muito rigoroso e que obedece a vários pressupostos. Ora, vejamos:

1. As restrições são directamente aplicáveis (artigo 18º/1, 1ª parte da CRP), o que significa que a sua aplicação não está dependente de intervenção legislativa;
2. As restrições vinculam as entidades públicas e privadas (artigo 18º/1, 2ª parte da CRP);
3. As restrições só podem ter lugar por via de lei (artigo 18º/2 da CRP);
4. As restrições só são legítimas se forem exigidas para salvaguarda de outro direito fundamental e devem sujeitar-se ao princípio da proporcionalidade (artigo 18º/2 da CRP);
5. As leis restritivas têm carácter geral e abstracto (artigo 18º/3 da CRP);

²³⁹ Utilizamos a expressão “legítima”, pois, como veremos adiante, o fim e a razão de ser da supervisão impõem a restrição do direito ao silêncio, sob pena daquela deixar de ter sentido útil.

²⁴⁰ Apenas iremos abordar as restrições e seu regime jurídico, porque cremos ser a afectação que releva tratar no âmbito do nosso trabalho. Mais, o facto de a suspensão só se verificar em estados de excepção, só reforça a nossa opção em tratar somente a restrição. Com características distintas, remetemos o estudo sobre as diferenças entre restrição e suspensão para os manuais de Direito Constitucional.

²⁴¹ Vide Relatório realizado pelo Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária do TEDH, disponível através de http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_26.pdf, consultado em 29 de Janeiro de 2017.

6. E, por último, as leis restritivas estão materialmente vinculadas ao princípio da salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (artigo 18º/3 da CRP)²⁴².

Assim, é seguro afirmar que deve considerar-se constitucionalmente admissível toda e qualquer restrição que esteja prevista em lei expressa e prévia, de forma a respeitar a exigência de legalidade, e que obedeça aos princípios da proporcionalidade e da necessidade²⁴³.

Como já foi referido, os direitos fundamentais são diferentes uns dos outros, nomeadamente no que ao seu peso axiológico diz respeito. É precisamente esse peso que determina que alguns direitos prevaleçam sobre outros, consoante aqueles se mostrem mais valiosos do que estes. Logo, é dentro deste balanceamento constante do valor dos direitos que se deve trabalhar o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, *i.e.*, a vigência alargada destes direitos não se significa que eles tenham um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringidos em determinadas circunstâncias, tal como enunciadas anteriormente. No sistema jurídico-criminal português são várias as limitações ao direito ao silêncio e ao direito à não auto-incriminação, ou seja, são plurais e diversos os casos em que o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não assistem ao arguido, sendo de destacar as seguintes:

1. Situações de obrigatoriedade de sujeição a determinados exames no âmbito de perícias médico-legais, quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, prevista na Lei nº 45/2004, de 29 de Agosto;
2. Situações de obrigatoriedade de realização de determinados exames, tais como o exame de alcoolemia ou de substâncias psicotrópicas no âmbito do direito rodoviário;
3. Situações em que se verificam deveres de cooperação perante a administração tributária impostos pelo Regime Geral das Infracções Tributárias no domínio fiscal;

²⁴² Canotilho, J. J. Gomes (e Vital Moreira) – *Constituição da República Portuguesa Anotada ...* p. 122.

²⁴³ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 45.

4. Situações de obrigatoriedade de responder com verdade às perguntas colocadas sobre a sua identidade, nos termos do disposto no art.º 61º, nº 3, alínea b) do CPP;
5. Situações em que se impõem deveres de colaboração perante a Autoridade da Concorrência (doravante AdC), previstos na Lei nº 18/2003, de 11 de Junho;
6. Ou situações em que existem deveres de cooperação perante a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante CMVM), ou o Banco de Portugal (doravante BdP), tal como previsto no Código dos Valores Mobiliários (doravante CdVM) ou no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante RGICSF).

Já ficou supra cimentado que o *nemo tenetur* e os vectores que o compõem, enquanto garantias de defesa, se devem estender aos processos contra-ordenacionais (art.º 32º, nº 10 da CRP). Contudo, e como foi sendo levemente referido, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não têm no Direito de Mera Ordenação Social a mesma força que têm em sede de Direito Processual Penal. De facto, assiste-se a uma restrição dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos de contra-ordenação, nomeadamente nos processos da competência das entidades de regulação e de supervisão. Essas restrições, como aliás já sabemos, situam-se “num campo de verificação do cumprimento de obrigações impostas por lei”²⁴⁴, fruto de uma evolução do Estado, da sociedade e do Mercado, que exigiu um maior controlo e vigilância administrativos. As restrições que afectam o direito ao silêncio e, na mesma medida, o direito à não auto-incriminação surgem, assim, associadas à necessidade de cumprimento das funções de fiscalização e vigilância que cabem às entidades reguladoras e de supervisão. No âmbito destes processos, a restrição do *nemo tenetur* faz-se em prol da manutenção do núcleo essencial das funções estaduais de controlo que a CRP reconhece ao Estado e demais entidades administrativas²⁴⁵. É indesmentível, pois, que se garante o respeito pelo princípio da proporcionalidade, uma vez que o sacrifício imposto ao arguido através da compressão do seu direito ao silêncio e do seu direito à não auto-incriminação é legítimo perante as funções estaduais cujo cumprimento se procura assegurar. A compressão do *nemo tenetur* justifica-se na medida em que se torna imperativo prosseguir os fins do Estado

²⁴⁴ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* pp. 46-47.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 47.

Regulador, que são de resto impostos pelo legislador constitucional. O *nemo tenetur* não tem cariz absoluto e só com a sua restrição é que os objectivos prosseguidos pela regulação podem ser alcançados. Se não houvesse lugar à restrição do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, toda a ideia subjacente ao Estado Regulador perdia o seu sentido útil e mais não seria do que uma série de anseios utópicos, que jamais se concretizariam.

Finalmente, reforce-se o que lá atrás se pincelou: o dever de colaboração imposto ao arguido, em fase de fiscalização e supervisão, não se deve confundir com o direito ao silêncio, que vale plenamente em processo sancionatório posterior, à semelhança do que acontece em processo penal. Exceptuam-se, porém, as situações em que o arguido está sujeito às diligências de prova. Estes são casos em que o direito ao silêncio tem de ceder, já que o respeito pelo princípio da verdade material exige que o arguido não possa com o seu silêncio prejudicar as diligências probatórias.

7. BREVES REFERÊNCIAS À VALORAÇÃO DA PROVA: CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO *NEMO TENETUR*

Não sendo nosso objectivo desenvolver aqui a difícil temática da prova, não poderíamos terminar a parte geral do nosso trabalho sem a ela fazer referência, ainda que muito brevemente e de modo muito resumido.

Acabámos de ver, e nunca é demais repetir, que o *nemo tenetur* não tem carácter absoluto. Com efeito, são muitas as vezes em que a exigência de ponderação entre os interesses que se visam proteger no caso concreto dá lugar à compressão dos direitos do arguido ao silêncio e à não auto-incriminação. Perante tais circunstâncias, dir-se-á que o arguido está sujeito a deveres de colaboração. Todavia, esse mesmo dever de colaboração só será legítimo porquanto esteja consagrado em lei prévia e expressa, obedecendo sempre a critérios de proporcionalidade e necessidade (art.º 18º da CRP). Assim sendo, todo e qualquer dever de colaboração será ilegítimo quando não se verifique o preenchimento daqueles requisitos, podendo o arguido recusar-se a colaborar com as autoridades na descoberta da verdade material. Nestas situações de recusa legítima, o arguido jamais incorrerá no crime de desobediência (art.º 348º, nº 1 do Código Penal²⁴⁶).

Porém, a situação muda de figura quando o arguido não está obrigado a colaborar, mas por meio de coacção, tortura ou qualquer outro tipo de maus tratos é forçado e levado a contribuir para a sua própria incriminação. Se isso suceder, estamos em matéria de proibição de prova ou, dito de outra maneira, de proibição de valoração de prova. De acordo com o art.º 58º, nº 5 do CPP, as declarações do arguido que forem obtidas sem o cumprimento das formalidades exigidas na lei não podem ser utilizadas como prova. Assim, o incumprimento das formalidades levará à inutilização da prova. Mais, da conjugação do art.º 32º, nº 8 da CRP com o art.º 126º, nº 1 e nº 2, alíneas a) e d) do CPP resulta que todas as provas que forem obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral das pessoas são consideradas nulas, não sendo, por isso, admitidas, nem utilizadas no processo. Esta mesma nulidade, acompanhada de inutilização, é aplicável à prova obtida mediante a intromissão na vida privada sem

²⁴⁶ “Artigo 348.º - Desobediência:

1 - Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias se:

a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou

b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação”.

o consentimento da pessoa visada (art.º 126º, nº 3 do CPP). Por conseguinte, o regime associado pelo direito português às proibições de prova é o regime das nulidades²⁴⁷.

Contudo, repare-se que não é só a prova proibida que é inválida. Na realidade, todas as provas que daquela dependerem estão, também elas, feridas de nulidade. Do artigo 122º do CPP retira-se que a nulidade é uma consequência jurídica que se estende “às provas secundárias, isto é, às provas recolhidas a partir das declarações, dos documentos ou dos exames sobre o corpo do suspeito ou do arguido alcançados por métodos proibidos”²⁴⁸. É exactamente nisto que se traduz o efeito à distância ou teoria da árvore envenenada. Devemos, no entanto, ter presente que as provas secundárias que tiverem sido obtidas por meios proibidos podem ser utilizadas caso fique demonstrado que elas poderiam “ter sido directamente obtidas através de um comportamento lícito alternativo”²⁴⁹.

Para finalizar, cumpre ainda referir, a propósito das consequências jurídicas a violação do *nemo tenetur*, que os agentes que se servirem de métodos de obtenção de prova proibidos podem ser responsabilizados criminalmente, sendo certo que aquelas provas podem ser contra eles utilizadas (art.º 126º, nº 4 do CPP).

²⁴⁷ As proibições de prova dão lugar a provas nulas. Mas essa nulidade obedece a um regime complexo e distinto daquele que disciplina as nulidades sanáveis e as nulidades insanáveis. O regime da nulidade da prova proibida é o seguinte: a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral é insanável; a nulidade da prova que atinge os direitos à privacidade é sanável mediante o consentimento do titular do direito, que pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*. Em síntese, o artigo 126º, nº 1 e nº 2 do CPP prevê nulidades absolutas de prova e o nº 3 prevê nulidades relativas de prova. Não tem, por isso, razão a doutrina que defende existir uma nulidade absoluta nos casos de proibição de prova. Para um desenvolvimento detalhado deste regime, *vide* Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal ...* anotações nº 7 e nº 8, p. 337.

²⁴⁸ Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação ...* p. 37.

²⁴⁹ *Ibidem*.

PARTE II - DIREITO AO SILÊNCIO E DEVERES DE COLABORAÇÃO NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE CONTRA-ORDENAÇÃO DA COMPETÊNCIA DAS ENTIDADES DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DO SECTOR FINANCEIRO: A UTILIZAÇÃO PROCESSUAL DOS ELEMENTOS OBTIDOS

1. O CORPO JURÍDICO DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA

1.1. CONTEXTO EVOLUTIVO

É crucial, neste ponto, contextualizar o paradigma económico actual, pois sem este olhar histórico é impossível percebermos a razão de ser da regulação e da actividade de supervisão. Analisar a evolução do mercado e do corpo jurídico que o acompanha torna-se fundamental, na medida em que só assim conseguimos sustentar solidamente a restrição do direito ao silêncio no âmbito dos processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e de supervisão. E porquê? Porque a essência do Estado Regulador, os seus propósitos, funções e fins justificam, por si só, a compressão de certos direitos fundamentais em prol da boa execução das políticas económicas estaduais. Como já sabemos, o cariz não absoluto do *nemo tenetur* transforma-o em objecto de restrição, desde que observado o cumprimento de determinados requisitos, sempre que a situação axiológica concreta assim o exija. Ora, é isso que se verifica nos processos de contra-ordenação, já que as suas características específicas e particulares impõem não só um acusatório diferente daquele que existe em direito processual penal, mas também impõem a restrição do direito ao silêncio, sob pena de se frustrarem os objectivos da Regulação e da Supervisão, esvaziando-se de sentido útil todas as normas jurídicas que disciplinam o funcionamento equilibrado do sistema económico, jurídico e social.

Sem pretendermos expor de modo exaustivo a História do Direito da Economia, faremos uma breve referência aos principais modelos económicos e aos respectivos critérios de jurisdição.

É com o liberalismo, enquanto teoria do Estado, que se começa a conferir alguma visibilidade ao Direito da Economia²⁵⁰. Assiste-se, por altura do século XVIII, a um movimento de libertação do indivíduo face ao poder do Príncipe, o que vai operar uma mudança significativa no caminho dos mais diversos domínios do conhecimento, nomeadamente ao nível das questões éticas e morais. É, porém, no campo económico que essas mutações se vão sentir de modo mais acentuado. A progressiva emancipação da sociedade em relação ao Estado vai, necessariamente, retirar a presença estatal dos negócios económicos privados, libertando a produção e o lucro do domínio público²⁵¹. O sistema económico passa a funcionar com base na garantia de direitos fundamentais do Homem e do cidadão, como a liberdade e a propriedade, que vão implicar uma não intervenção do Estado na economia. Sustentado no livre desenvolvimento do indivíduo, o liberalismo assenta do famoso lema *laissez-faire, laissez-passer*²⁵², que vai acolher o mecanismo da mão invisível para reequilibrar automaticamente o mercado²⁵³. Esta economia de concorrência do capitalismo privado encontra os seus fundamentos jurídicos expressamente consagrados nos textos constitucionais da época liberal, porquanto os direitos e liberdades dos cidadãos têm então o papel principal, a par com a consagração da separação de poderes²⁵⁴. É, de resto, isto que justifica a ausência de uma real regulamentação do liberalismo nos textos constitucionais.

No entanto, a Primeira Grande Guerra, a Grande Depressão de 1929 e a Revolução Bolchevista acabaram por ditar um novo rumo. Toda a ideologia liberal foi posta em causa e abandonada, dando lugar a um processo de intervenção do Estado. A emergência deste novo sistema económico fomentou o desenvolvimento de um novo Direito da Economia que visava, sobretudo, promover a planificação, a onipotência e onipresença do Estado²⁵⁵. O poder organizador e disciplinador do Estado tomou conta do panorama jurídico-económico, tendo-se observado uma substituição definitiva do total absentismo do Estado pelo efectivo comprometimento do ente

²⁵⁰ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito da Economia*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, p. 35.

²⁵¹ *Ibidem*, nota de rodapé nº 69, p. 35.

²⁵² O famoso lema da economia liberal significa, essencialmente, que o mercado é dotado de mecanismos de equilíbrio próprios, assentes nas ideias de propriedade privada, livre iniciativa, liberdade contratual e livre concorrência. Os privados dominam o mercado, sem qualquer interferência do Estado.

²⁵³ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 36.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 36-37.

público na economia²⁵⁶. Dir-se-á a este propósito que se anulou por completo a essência do mercado. O Estado administrativo tinha como objectivos principais suprir as falhas da iniciativa privada e corrigir todos os excessos e imperfeições do liberalismo e do próprio mercado, o que originou o aumento do volume das responsabilidades sociais públicas. O Estado passou, assim, a assumir importantes responsabilidades de gestão, tornando-se proprietário de um extenso sector empresarial, fruto do “boom” de nacionalizações então efectuadas²⁵⁷.

Todavia, as crises dos anos 70 vieram suscitar algumas dúvidas sobre o Estado Providência, questionando-se, em primeira linha, o elevado despesismo público. Começa então a falar-se na falência das estruturas do modelo intervencionista e o Estado pondera o regresso ao liberalismo económico, com o conseqüente abandono da fórmula keynesiana²⁵⁸. O gigantismo estadual acabou por gerar uma incapacidade generalizada de encontrar soluções adequadas à modernização e à exigência de mais produtividade e mais competitividade, já que travou a iniciativa privada e impediu que o mercado se afirmasse. A condenação da intervenção do Estado atingiu o seu auge quando o elevado custo financeiro do sector público resultou em défices orçamentais incontrolláveis²⁵⁹. A definição de um novo paradigma económico impõe-se nos finais dos anos 70 e inícios dos anos 80, surgindo um modelo económico misto caracterizado pela colaboração entre público e privados²⁶⁰. Nessa linha de pensamento, assiste-se a uma reconfiguração das funções do Estado, assente na sua desintervenção, ao mesmo tempo que se reforça a contribuição dos agentes privados para a governação e para o mercado. Saliente-se que o direito vai desempenhar, uma vez mais, um importante papel ao permitir a adaptação da lei e da sociedade a esta nova forma de entender a economia e o relacionamento entre os agentes económicos²⁶¹. Na sequência do descontentamento e do desvanecimento do intervencionismo, ressurgiram algumas ideias liberais que culminaram nas correntes neo-liberais. Esta nova matriz económica veio, então, revalorizar o mercado e a

²⁵⁶ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 37.

²⁵⁷ O Estado assume durante a época intervencionista um papel indispensável para a estabilização do sistema. A sua acção é vista como um “poder-dever” que legitima tudo e vincula todos, ocorrendo a intervenção pública sempre que o bem comum ou o interesse da colectividade ultrapasse os interesses privados. Para mais desenvolvimentos, *vide* Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* pp. 36-38.

²⁵⁸ John Keynes foi o economista britânico que defendeu a intervenção estatal na economia.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 182.

²⁶⁰ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 39.

²⁶¹ *Ibidem*.

concorrência, apostando numa iniciativa privada forte, imprescindível para a realização do bem comum²⁶².

Durante o período neo-liberal, o Estado recuou ligeiramente e ocupou uma posição menos exuberante, deixando de actuar directamente na economia. Contudo, o facto de estarmos perante um ente público mais modesto não significa que este tenha deixado por completo de intervir na economia. Aliás, é precisamente nesta altura que se abre caminho a uma nova intervenção. Com efeito, surge e desenvolve-se uma nova dimensão interventiva do Estado, denominada regulação²⁶³. Evolui-se, portanto, para o Estado Regulador. Este corresponde a uma inovadora responsabilidade pública de garantia, pois o que está em causa com a regulação é a garantia de que o desaparecimento da produção pública de bens e serviços se faz acompanhar da atribuição ao Estado de um papel de árbitro. Com efeito, o Estado Regulador ou Estado Garantia é alheio e estranho à actividade regulada, interferindo apenas para definir as regras de desenvolvimento da actividade económica e para fiscalizar a respectiva verificação. O Estado é, assim, responsável pelo cumprimento de uma responsabilidade pública de garantia.

É neste novo paradigma do Estado Garantia que nos centraremos, passando de seguida a elencar as principais características desta nova regulação e que, ademais, nos interessa estudar para melhor percebermos a *ratio* da supervisão e a lógica do direito contra-ordenacional, nomeadamente no que concerne às restrições ao direito ao silêncio.

A ideia que temos da regulação está frequentemente associada, e bem, a uma actividade de acompanhamento e monitorização do mercado, já que o Estado Regulador veio imprimir ao ente público um dever de garantir o correcto funcionamento dos serviços e sectores privados e a realização dos direitos dos cidadãos, designadamente o direito a beneficiar de serviços de interesse geral. Segundo explica Maria Eduarda Azevedo, há duas ideias fundamentais a reter quando se fala de regulação²⁶⁴, a saber:

1. A ideia de estabelecimento e implementação de regras;
2. A ideia de favorecimento de um ambiente que possibilite o funcionamento equilibrado de todo o sistema económico.

²⁶² Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* pp. 182-183.

²⁶³ *Ibidem*, p. 186.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 187.

Em conjunto, estas duas ideias transmitem a essência da regulação, mostrando-se suficientes para construir o conceito.

Vistas que estão as ideias que compõem, etimologicamente, o conceito de regulação económica, importa agora referir quais as razões justificativas da actividade reguladora:

1. A primeira razão está intrinsecamente associada à **garantia da concorrência e da saúde do mercado**. Na verdade, o mercado deixado a si pode derivar em concentrações de cariz monopolista, pelo que cumpre regular o mercado para evitar o aparecimento de práticas restritivas da concorrência. Assim, as leis de defesa da concorrência, bem como a criação e manutenção de mecanismos orientados para assegurar o respeito dessas mesmas normas jurídicas, tornam-se nos instrumentos, por excelência, da regulação de qualquer economia de mercado²⁶⁵.
2. O segundo motivo justificativo relaciona-se com o **reconhecimento da existência de falhas de mercado**, que têm de ser corrigidas para que o mercado possa funcionar em plenas condições de concorrência²⁶⁶.
3. A terceira razão prende-se com a **presença de forças externas negativas**, movidas pela procura do lucro, e que devem ser travadas, sob pena de dispararem os custos sociais associados a danos ambientais, prejuízos para a saúde pública ou riscos para a segurança da colectividade²⁶⁷.
4. O quarto motivo é bastante intuitivo, porquanto decorre da **necessidade de proteger os consumidores**, assegurando-se o fornecimento de informações fiáveis e credíveis por parte dos produtores/distribuidores²⁶⁸.
5. Finalmente, o quinto factor que justifica a regulação relaciona-se com a intenção de assegurar as **obrigações do Estado**. Mesmo após a privatização das empresas públicas operada por ocasião da implementação do novo modelo económico neo-liberal, o serviço público não se extinguiu e cabe às entidades reguladoras zelar pelo cumprimento dessas obrigações públicas²⁶⁹.

²⁶⁵ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 188.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 188.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 188-189.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 189.

Por todas estas razões é que, actualmente, a actividade reguladora se tornou na função mais característica do Estado.

Assim, o essencial da actividade reguladora reside na ideia de que a regulação se traduz numa forma de intervenção do ente público na economia e no mercado, através da qual se procura preservar a estabilidade e o equilíbrio de determinado sector, que ficariam, de resto, comprometidos caso a intervenção estadual não se verificasse²⁷⁰. Esta actividade reguladora acaba por funcionar como um estímulo à adopção de determinadas condutas, em detrimento de outras, menos correctas. A reformulação do papel do Estado não correspondeu, então, a um retorno à época liberal, já que este se manteve presente, definindo as regras pelas quais a actividade económica se deve reger e fiscalizando o devido cumprimento dessas mesmas regras²⁷¹.

Em suma, o Estado ficou, por um lado, incumbido de garantir o correcto funcionamento dos serviços privatizados e, por outro lado, incumbido de assegurar a realização dos direitos dos cidadãos, especialmente do direito de beneficiar, em condições de equidade, de serviços de interesse geral²⁷².

1.2. AS ENTIDADES REGULADORAS: DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E FINS PROSSEGUIDOS

O Estado Regulador, como acabámos de ver, assentou na ideia da redução do papel do Estado, na privatização das empresas públicas, na limitação de serviços públicos e no impulso da concorrência. Neste novo paradigma regulatório, assistiu-se àquilo a que apelidamos de reconfiguração das formas de administração económica. Dito de outra forma, dir-se-á que o novo modelo trouxe consigo o esquema da administração indirecta do Estado, que mais não é do que a entrega das competências de regulação administrativa a agências públicas ou entidades reguladoras. De facto, o Estado deixou de ter uma ligação tão imediata com o mercado, relacionando-se com ele através destas entidades que, mantendo sempre uma certa autonomia e distanciamento face à Administração Central, permitiram conciliar a ideia do Estado modesto com a eterna necessidade da intervenção do ente público na economia para

²⁷⁰ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 191.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 192-194.

²⁷² *Ibidem*, p. 194.

determinação das regras e fiscalização do seu cumprimento, a fim de se proporcionar um mercado saudável e potenciador da concorrência²⁷³. Este novo esquema levado a cabo pelas agências reguladoras independentes operou a mudança da regulação hostil e proteccionista, da competência directa e exclusiva do próprio Estado²⁷⁴, para uma regulação “amiga do mercado” e virada para a satisfação dos interesses da comunidade, em geral, e dos utentes, em particular²⁷⁵.

A reordenação do sistema de papéis e funções do Estado e o aumento da contribuição dos privados para a governação pública viriam a ser o traço marcante deste período. O sector privado passa a partilhar com o sector público a tarefa da prossecução do interesse comum. O que se procurou foi tirar o máximo partido das capacidades dos privados para atingir os objectivos colectivos.

Vejamos então como surgiram e o que são estas entidades reguladoras, quais as suas características principais e quais os fins que prosseguem.

As agências reguladoras independentes nasceram nos Estados Unidos da América, no século XIX, e foi precisamente o modelo institucional de regulação norte-americano que serviu de base à regulação europeia²⁷⁶. Adaptadas à realidade económica norte-americana, as *independent agencies* surgiram, por um lado, com o objectivo de assegurar o cumprimento do *due process of law* e, por outro, como forma de prevenir a acumulação de poderes na figura do Presidente ao mesmo tempo que se pretendia o acompanhamento da economia por parte do Estado²⁷⁷. Ou seja, fora do âmbito do poder do Presidente, as agências reguladoras garantiam o bom funcionamento do mercado onde este não era eficaz e asseguravam o afastamento da regulação do poder político, não se encontrando aquela condicionada pela maioria governamental de cada momento²⁷⁸. De entre as suas principais características, a independência orgânica e funcional destas agências era, sem dúvida, o seu traço nuclear. Se, de um

²⁷³ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* pp. 196-197.

²⁷⁴ Durante o intervencionismo económico, a empresa pública era considerada a via privilegiada de regulação. Para além desta regulação endógena, o Estado desenvolvia uma intervenção directa na economia e que se traduzia, entre outras actividades, no licenciamento do acesso ao mercado, na restrição da liberdade comercial das empresas privadas e na fixação administrativa dos preços.

²⁷⁵ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 197.

²⁷⁶ Sobre este aspecto, diga-se ainda que o fenómeno de regulação económica na Europa esteve também intrinsecamente associado ao processo de integração europeu e que hoje conhecemos como União Europeia. Para mais desenvolvimentos, vide Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* pp. 204 e ss.

²⁷⁷ A decisão de confiar as tarefas de regulação a órgãos independentes foi determinada por razões de ordem política, ligadas à garantia de separação entre o poder executivo (Presidente) e o poder legislativo (Congresso). De modo mais desenvolvido, consulte-se Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* pp. 198-199.

²⁷⁸ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* pp. 199.

ponto de vista orgânico, a independência se avaliava essencialmente pelo modo de designação dos titulares dos seus órgãos²⁷⁹, do ponto de vista funcional essa independência traduzia-se no facto de estas agências desenvolverem a sua actividade sem sujeição hierárquica e sem qualquer tipo de censura ou controlo por parte do governo e da administração²⁸⁰. Para além disso, essa independência era sinónimo de inamovibilidade e de irresponsabilidade política, só se admitindo a destituição nas condições e com os fundamentos estabelecidos na lei; a vontade política não tinha qualquer peso em matéria de destituição²⁸¹. Em suma, falar em regulação independente era o mesmo que falar em desgovernamentalização, despolitização e despartidarização²⁸².

Embora tardiamente, o modelo norte americano das autoridades reguladoras viria a ser adoptado pelos países europeus, muito devido ao sucesso alcançado. É verdade que, atendendo às diferenças político-institucionais, as agências reguladoras de matriz norte-americana não transitaram sem mais para o panorama europeu. No entanto, mesmo sendo alvo de algumas adaptações²⁸³, as entidades reguladoras europeias comungavam de duas ideias-chave com as *independent agencies* originais:

1. Em primeiro lugar, ambas reconheciam a incapacidade do mercado em se auto-regular de modo eficaz. Precisamente porque o mercado não dava garantias de um bom funcionamento é que tanto os Estados Unidos da América, quanto os países europeus, reconheceram a necessidade de substituição do Estado intervencionista pelo Estado Regulador. A superação das falhas do mercado e o seu estímulo passava, pois, pela regulação²⁸⁴.
2. Em segundo lugar, a regulação impôs uma lógica própria que foi bem recebida pelos Estados e que se traduzia na sua separação, tanto quanto possível, da

²⁷⁹ Diga-se que, no tocante à designação, os membros das *independent agencies* eram recrutados pelo seu mérito e aptidão técnico-profissional entre várias personalidades de ambos os partidos políticos (republicanos e democratas).

²⁸⁰ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* nota de rodapé nº 328 e 329, p. 200.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 200-201.

²⁸² *Ibidem*, p. 201.

²⁸³ Note-se que o modelo de Administração Pública norte-americano, à semelhança do modelo britânico, se caracterizava pela descentralização e participação dos cidadãos, enquanto que o modelo administrativo continental ou francês, como é o nosso caso, se caracterizava por ser centralizado e hierarquizado, estando o Governo no topo da Administração Pública.

²⁸⁴ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 202.

política, para que a estabilidade, a imparcialidade, a objectividade e a previsibilidade imperassem²⁸⁵.

De facto, as autoridades administrativas independentes com funções de regulação europeias assemelhavam-se às agências norte-americanas nos traços principais. Desde logo, a natureza administrativa, a independência orgânica e funcional e a neutralidade política são as características fundamentais destas entidades reguladoras. Enquanto autoridades administrativas independentes, os reguladores são chamados a exercer uma função administrativa, integrando a Administração do Estado. Contudo, a administração independente não se encontra sujeita a poderes de tutela governamental²⁸⁶. No âmbito do exercício das suas funções administrativas, as entidades reguladoras independentes desempenham funções de fiscalização, inscrevendo-se naquilo que comumente se designa de “administração activa”²⁸⁷. Por fim, o processo de designação dos titulares dos seus órgãos respeita critérios pessoais e que asseguram a máxima idoneidade para o exercício do cargo²⁸⁸.

Em síntese, as autoridades reguladoras independentes surgem como uma nova forma de Administração, que se justifica, essencialmente, por quatro motivos: afastar o mercado da lógica política, separar a intervenção directa do mercado da regulação do mesmo, reduzir os custos do Estado com a regulação e aumentar a eficácia e legitimidade do processo de decisão²⁸⁹.

Já vimos que as autoridades reguladoras são entidades administrativas, independentes e autónomas que visam, fundamentalmente, o bom funcionamento do mercado e da concorrência. Cumpre agora fazer uma breve menção às tipologias dos poderes da regulação, pois através da análise das competências atribuídas às entidades reguladoras, podemos compreender melhor o papel que estas desempenham no seio do Estado Garantia, bem como perceber a razão de ser da supervisão e, por conseguinte, o porquê da restrição legítima do direito ao silêncio em sede de direito contra-ordenacional.

²⁸⁵ Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito ...* p. 202.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 203.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 204.

1.3. TIPOLOGIA DOS PODERES DA REGULAÇÃO

No contexto da regulação económica, a criação de regras há-de sempre coexistir com a presença das entidades reguladoras, incumbidas de definir o corpo normativo de determinado sector de actividade e dotadas dos poderes de autoridade necessários para zelar pelo seu cumprimento. Para que isso se concretize, a essas entidades são reconhecidos poderes públicos de natureza e amplitude distinta, variando consoante o seu objecto específico e o tipo de actividade que regulam. Pese embora os regimes jurídicos sejam os mais diversos dentro do âmbito regulatório, a verdade é que é possível determinar três tipos de poderes públicos, comuns a todas as autoridades reguladoras independentes e que se reconhecem como sendo cumulativos, a saber: poder quasi-legislativo, poder quasi-executivo e poder quasi-jurisdicional²⁹⁰. Estes poderes aproximam-se estruturalmente dos três poderes típicos do Estado, pelo que é importante fazer a distinção entre as competências das entidades reguladoras e as competências do ente público.

Em primeiro lugar, e para evitar qualquer tipo de confusão, é do maior relevo referirmo-nos aos poderes das entidades reguladoras como sendo **quasi-legislativos**, **quasi-executivos** e **quasi-jurisdicionais**. De facto, urge atentar à terminologia utilizada, porquanto nos encontramos perante entidades cujas competências passam, por exemplo, pela feitura dos próprios estatutos, nomeadamente através da criação de normas de gestão da mecânica do mercado sobre o qual se debruçam. Com esta sua actuação, as autoridades reguladoras independentes não se estão a substituir ao Estado, uma vez que os seus poderes não são idênticos ao do ente público, mas sim próximos. Este é um dado muito importante a reter, pois a verificar-se uma identidade de poderes entre o Estado e os reguladores, estaríamos na presença de uma manifesta e grave violação do princípio da separação de poderes. É precisamente em honra deste princípio que se reconhece o fenómeno das entidades administrativas independentes, afastadas da política, à margem de quaisquer interferências ou pressões dos agentes económicos e do poder político e com o objectivo último de assegurar uma regulação neutral.

Em segundo lugar, e face à classificação de poderes acima adoptada, cumpre salientar que aqueles poderes estruturalmente típicos do Estado se corporizam em

²⁹⁰ Adoptamos a terminologia utilizada por Maria Eduarda Azevedo, aquando da explicação da triologia de poderes conferidos às entidades reguladoras.

esferas de actuação específicas. Ora, vejamos: as entidades reguladoras são detentoras de amplos poderes, evidenciando-se, à partida, o seu forte poder de legislar. De facto, para além de conceberem as suas próprias normas, as autoridades reguladoras independentes ditam o modo como o relacionamento entre os operadores económicos e os consumidores se desenha. Dir-se-á que dentro do seu domínio de actuação se incluem a aprovação de regulamentos e a edição de normas que instituem os sistemas regulatórios públicos que enquadram e disciplinam a acção dos agentes regulados. Feitas que estão as normas, é preciso executá-las. Assim, ao poder “legislativo” acresce o poder “executivo”²⁹¹. Nesta perspectiva, as autoridades reguladoras independentes gozam de poderes de supervisão, que envolvem não só poderes de inspecção e fiscalização, mas também o poder de emitir injunções dirigidas à prática de certos actos tendentes a fazer cessar a violação de determinadas regras. Como nem todos os agentes regulados são cumpridores das regras, que de resto devem ser seguidas à justa, é possível que ocorram infracções da lei. Nessa base, e a par do poder de fiscalização, às entidades reguladoras é reconhecido um poder sancionatório autónomo²⁹² face às entidades reguladas. O Estado não se vai imiscuir no assunto, uma vez que faz parte da independência e da autonomia da entidade reguladora zelar, por si mesma, pelo cumprimento daquilo que legisla, garantindo o equilibrado funcionamento do mercado e a saúde da concorrência. Todavia, esse poder sancionatório terá de ser exercido dentro dos limites apertados estabelecidos na lei e sempre com respeito pelos procedimentos e princípios constitucionais²⁹³. Por último, refira-se que as entidades reguladoras gozam ainda de um poder de desencadear determinados processos judiciais. Este poder quasi-jurisdicional traduz-se, então, no exercício de poderes para dirimir certos conflitos entre operadores do sector da actividade regulada.

Em síntese, a autoridade reguladora independente legisla, executa, fiscaliza o cumprimento (ou incumprimento) das normas e, em caso de violação das regras, goza do poder de sancionar o agente faltoso, através da aplicação de coimas. É de mencionar, porém, que este trio de poderes das entidades reguladoras não se confunde com os poderes do Estado. Pese embora os poderes dos reguladores e do estado sejam muito próximos, não se devem, nem podem confundir. Há quem diga

²⁹¹ Utilizamos aspas para diferenciar estes poderes daqueles próprios dos Estado.

²⁹² Um poder sancionatório **autónomo** porquê? Porque não é o Estado que sanciona o infractor, mas a entidade reguladora.

²⁹³ Por exemplo, com respeito pelo princípio da proporcionalidade aquando da aplicação de uma qualquer sanção.

mesmo que as entidades reguladoras, ao regularem o mercado em equidistância relativamente ao poder político, aos regulados e aos consumidores, configuram um quarto poder, tal a dimensão da sua autoridade. Com efeito, nas mãos das entidades reguladoras independentes é colocada a função de garantia da estabilidade do mercado e, por isso, é necessário que lhes sejam conferidos tão amplos poderes e competências. No entanto, jamais se poderá dizer que os reguladores se substituem ao Estado ou que os seus poderes ultrapassam o *ius imperii* reconhecido ao ente público.

2. DO PROCESSO CONTRA-ORDENACIONAL DA COMPETÊNCIA DAS ENTIDADES DE REGULAÇÃO E DE SUPERVISÃO DO SISTEMA FINANCEIRO

2.1. OS CONCEITOS DE REGULAÇÃO E DE SUPERVISÃO

“Regulação” e “supervisão” são dois conceitos distintos, mas que não raras vezes são utilizados em relação de sinonímia, pelo que é importante esclarecer o significado de um e de outro. Não procuramos uma definição exaustiva de ambos os conceitos, até porque a diferença entre autoridades reguladoras e autoridades de supervisão é uma questão controvertida²⁹⁴, mas, no essencial, a regulação *stricto sensu* refere-se à definição do enquadramento normativo, na medida em que visa garantir que os sujeitos que actuam num determinado sector do mercado se ajustam à ordenação legal pré-existente²⁹⁵, e a supervisão assenta na ideia de vigilância e controlo dos administrados, traduzindo-se numa actividade administrativa de limitação do exercício de direitos particulares, que tem como finalidade a prossecução do interesse público²⁹⁶. Porém, a verdade é que estes dois conceitos estão de tal modo interligados que o conceito de regulação usualmente utilizado entre nós tem um sentido tão amplo que abarca não só poderes de normatização, como também poderes de acompanhamento, de fiscalização e de sanção²⁹⁷.

Feita a devida diferenciação, cumpre agora referir que, dentro do quadro da regulação económica e das entidades reguladoras independentes²⁹⁸, a nossa atenção está centrada nos poderes de supervisão dessas autoridades, mais especificamente nos poderes de supervisão das autoridades reguladoras do sistema financeiro²⁹⁹. De facto, são os poderes de supervisão que interessam para o tema que está a ser tratado, na

²⁹⁴ Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 268.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 268-269.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 270.

²⁹⁷ *Ibidem*, pp. 268.

²⁹⁸ Em *lato sensu*, como anteriormente explicado. A partir deste momento, sempre que nos referirmos a “entidades reguladoras” ou “autoridades reguladoras”, estaremos a tomar o conceito de regulação no seu sentido mais amplo, isto é, abrangendo não só as actividades de regulação *stricto sensu*, mas também os poderes de supervisão.

²⁹⁹ Note-se que a supervisão do sistema financeiro nacional é levada a cabo por três autoridades: o Banco de Portugal (BdP), a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e o Instituto de Seguros de Portugal (ISP). Para mais desenvolvimentos *vide* Fonseca, Alexandra Mendes – *Arquivos Bancários em Portugal: Requisitos para a Gestão de Documentos de Arquivo*, dissertação de mestrado não publicada, Universidade Nova de Lisboa – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, 2015, pp. 3-4.

justa medida em que essa actividade de controlo e de vigilância pode culminar no exercício de funções repressivas ou sancionatórias, no âmbito das quais se discute a aplicabilidade do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

2.2. A SUPERVISÃO E OS PODERES SANCIONATÓRIOS

Não pretendemos aqui descrever exhaustivamente o conteúdo do conceito de supervisão, nem tão-pouco dissertar sobre as suas diferentes classificações³⁰⁰. No entanto, torna-se assaz relevante perceber os pilares essenciais que sustentam a noção de supervisão, porquanto tal é fundamental para contextualizar o conflito existente nos processos de contra-ordenação da competência das entidades reguladoras entre o *nemo tenetur* e os deveres de colaboração que os fins prosseguidos pelo Estado impõem. A supervisão, como aliás já explicámos supra, define-se como uma actividade da Administração que limita a liberdade dos administrados, por forma a garantir que estes actuam de forma ajustada ao estabelecido na ordenação do sector económico onde operam³⁰¹. Toda essa actividade limitadora é feita através de um controlo prévio, de vigilância e de uma intervenção correctiva, que pode culminar no exercício de funções sancionatórias³⁰². No fundo, a noção de supervisão advém da conjugação de três elementos³⁰³:

- Objecto – garantia de que os agentes económicos actuam de modo conforme com o estabelecido nas normas reguladoras de certo sector de actividade;
- Forma – actividade com cariz limitador da esfera dos particulares;
- Finalidade – defesa da ordem e segurança públicas, fomento de actividades e promoção de interesses.

³⁰⁰ Mencione-se, a título meramente exemplificativo e informativo, que a supervisão pode ser prévia ou a *posteriori*, comportamental ou prudencial. De modo mais pormenorizado, Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados* ... pp. 290-298.

³⁰¹ Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados* ... p. 287.

³⁰² Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados* ... pp. 287-288.

³⁰³ Seguimos a formulação do conceito de supervisão elaborada por Luís Guilherme Catarino. Para ir mais além, consulte-se Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados* ... pp. 287-290.

Podemos, assim, afirmar que a actividade de supervisão se resume numa contrapartida das liberdades constitucionalmente consagradas³⁰⁴, que implica o exercício de poderes de controlo e de vigilância, tendo como fim último a garantia de que os agentes económicos agem de acordo com o corpo normativo definido. O Estado, que agora tutela interesses de natureza supra-individual, procura fiscalizar a actividade dos agentes económicos de modo a assegurar o correcto funcionamento do sistema, em condições de transparência e igualdade³⁰⁵. Em suma, o que se procura com a supervisão é a promoção da segurança, saúde e estabilidade do mercado, em geral, e do sistema financeiro, em particular.

Pese embora o conceito de supervisão seja muito amplo, englobando o controlo, a vigilância, o acompanhamento e a fiscalização, convém salientar que, “em bom rigor, a supervisão não inclui a aplicação de sanções”, já que uma e outra são funções materialmente distintas³⁰⁶. Com efeito, a actividade de fiscalização termina assim que surjam fundadas suspeitas da prática de uma infracção, sendo nesse preciso momento que se inicia a actividade sancionatória, sujeita ademais a regras diferentes daquelas que disciplinam a actividade de supervisão³⁰⁷, desde logo através da imposição da constituição de arguido (art.º 41º, nº 1 do RGCords e art.º 57º, nº 1 e 59º, nº 1 e 2 do CPP) e da cessação dos deveres de colaboração, como veremos adiante.

Todavia, quando falamos em supervisão, e porque as autoridades reguladoras, *maxime* as que actuam no sistema financeiro, concentram em si os poderes de regular, fiscalizar, controlar, vigiar e sancionar, estamos a tomar o conceito num sentido amplo; ou seja, falamos na supervisão *stricto sensu* (controlo e vigilância) e nos poderes sancionatórios de que as entidades reguladoras estão dotadas e que devem exercer sempre que detectem a prática de uma infracção durante aquela fase de controlo e vigilância³⁰⁸. Por conseguinte, a supervisão traduz-se numa necessidade

³⁰⁴ A liberdade de empresa, a liberdade de iniciativa, a liberdade de associação, a liberdade de profissão, a liberdade de acesso aos diversos sectores de produção, por exemplo, têm como contrapartida uma série de limites, designadamente a necessidade de autorizações, as comunicações prévias e a imposição de inúmeras outras obrigações. Vide Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados* ... p. 290 e ss. para mais desenvolvimentos.

³⁰⁵ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... pp. 18-19.

³⁰⁶ Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados* ... p. 288.

³⁰⁷ Alfajar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação* ... p. 346.

³⁰⁸ Tomando como exemplo a CMVM, o art.º 358º do Código dos Valores Mobiliários (CdVM) dispõe que aquela autoridade reguladora financeira deve, no exercício da supervisão que lhe é imposta por lei, prevenir e reprimir as ilegalidades cometidas pelos supervisionados, através da instauração de processos de contra-ordenação. Sobre este assunto, consulte-se Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa

de controlar e fiscalizar com carácter preventivo e repressivo as irregularidades cometidas pelas entidades supervisionadas³⁰⁹. De acordo com Frederico da Costa Pinto, a supervisão e a aplicação de sanções são, na verdade, duas actividades incidíveis³¹⁰, não se podendo falar de uma e de outra separadamente. Para o autor, são três as ordens de razão que sustentam esta indivisibilidade:

1. Numa primeira perspectiva, a actividade de supervisão implica um controlo da legalidade da actuação dos agentes económicos;
2. Depois, é óbvio que o controlo da legalidade só é eficaz se for acompanhado de uma tutela sancionatória;
3. E, por, fim, todas as infracções detectadas durante a supervisão têm cariz público e estão sujeitas a um regime de obrigatoriedade de promoção do processo³¹¹.

Quando falamos da componente sancionatória associada às actividades de supervisão, estamos a referir-nos a um direito sancionatório de natureza administrativa, pelo que nos encontramos no âmbito do direito de mera ordenação social. Como explica Figueiredo Dias, “no direito das contra-ordenações estão em causa advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas que (...) não constituem penas criminais”³¹². Assim, assiste ao direito de mera ordenação social uma autonomia face ao direito penal³¹³. Sendo certo que não é nosso objectivo diferenciar

Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... pp. 22 e ss. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa vem dizer: “o art.º 358º prevê um conjunto de orientações, de valores e finalidades que devem servir como critério de interpretação das normas aplicáveis em matéria de supervisão, ao estabelecerem os contornos do quadro da supervisão do mercado de valores mobiliários. De entre estas finalidades a que a CMVM deve obediência, assume especial relevância (...) o previsto na alínea e) do referido art.º 358º, segundo a qual a CMVM deve, no exercício da supervisão que lhe é legalmente imposta, prevenir e reprimir as actuações contrárias a lei ou regulamento. No âmbito da supervisão, é dever da CMVM não só prevenir como sancionar as ilegalidades de que tome conhecimento e que sejam da sua competência. (...) Ou seja, a componente sancionatória da supervisão é incidível desta. (...) Acresce, ainda, que a supervisão, traduzida na necessidade de controlar e fiscalizar com carácter preventivo e repressivo as irregularidades cometidas pelas entidades supervisionadas tem de abranger a possibilidade de estes ilícitos administrativos serem sancionados pela entidade reguladora como forma de garantir a eficácia dessa supervisão”. Para mais desenvolvimentos, consulte-se o recurso penal nº 3839/06.0TFLSB.L1, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰⁹ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 25.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 80.

³¹¹ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 80.

³¹² *Ibidem*, p. 23.

³¹³ Enquanto o direito penal tem natureza judicial, o direito de mera ordenação social tem natureza administrativa. As diferentes naturezas de um e de outro ramo do direito sancionatório justificam

extensamente um e outro, dir-se-á que o direito de mera ordenação social caracteriza-se pela sua “neutralidade ética”³¹⁴, decorrente da sua função essencial de organização social. A sua natureza permite compreender que a aplicação das sanções contra-ordenacionais, desprovidas de censura ética, seja efectuada por entidades administrativas³¹⁵. Refira-se, novamente, que a possibilidade de as infracções administrativas serem sancionadas pelas entidades reguladoras é uma forma de se garantir a eficácia da supervisão³¹⁶. Consequentemente, considerar que o processamento e a aplicação de contra-ordenações não está incluído nos poderes de supervisão é, por um lado, contrariar o que está legalmente imposto (art.º 33º do RGCO) e, por outro, contrariar a própria razão de ser da supervisão³¹⁷.

Chegados a este ponto, e ficando desde já assente que a autoridade que supervisiona é a mesma que sanciona, vejamos agora como está estruturado o processo de contra-ordenação da competência das entidades reguladoras independentes que operam no âmbito do sistema financeiro. Como explica Frederico da Costa Pinto, “em processo de contra-ordenação, existe uma fase organicamente administrativa (obrigatória) e uma fase judicial (facultativa)”³¹⁸. De uma maneira muito abreviada, na fase

estruturas processuais próprias e inconfundíveis, ainda que se preveja a aplicação subsidiária do direito processual penal em processo contra-ordenacional, nos termos do art.º 41º, nº 1 do RGCOs. Nas páginas seguintes iremos tratar da natureza administrativa do direito de mera ordenação social, pois só assim poderemos analisar o alcance do *nemo tenetur* em processo de contra-ordenação.

³¹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 24.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 53: “Este regime é facilmente justificável e compreensível a partir da natureza das sanções em causa, uma vez que se trata de um direito sancionatório de natureza administrativa, destinado a prevenir e a reprimir condutas axiologicamente neutras que adquirem o seu desvalor ético-social a partir da própria proibição legal e que têm como função assegurar a estabilidade e regular funcionamento dos sectores económicos e sociais”.

³¹⁶ Nas palavras de Figueiredo Dias e Costa Andrade, referindo-se especificamente à CMVM, “as entidades reguladoras (...) têm por finalidade garantir a idoneidade dos agentes económicos e, por esta via, assegurar a regularidade dos seus comportamentos por forma a promover uma adequada informação do mercado e dos investidores, acautelar a integridade do mercado e promover pela justiça e equidade nas relações que nele se estabelecem, reforçando a confiança dos investidores”. Os autores continuam dizendo que para a prossecução desses fins cabe às autoridades reguladoras “exercer o controlo, a vigilância, o acompanhamento, a fiscalização e a prevenção e repressão das actividades realizadas pelos agentes supervisionados”. Sobre este assunto, ver com mais pormenor Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 52 e ss..

³¹⁷ Sobre o quadro legal previsto para a actuação da CMVM, explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade que “está em perfeita consonância com a natureza e sentido do ilícito de mera ordenação social e (...) com as especificidades próprias do mercado de valores mobiliários. (...) o regime legal da supervisão compreende no seu âmbito a instrução e o processamento das contra-ordenações (...), sendo que a sua exclusão corresponde a uma interpretação contrária à lei; por outro lado, para que possa ser efectuada, a supervisão tem de abranger a possibilidade de estes ilícitos administrativos serem sancionados pela entidade reguladora (...)”. Para mais desenvolvimentos, consultar Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 25 e 53 e ss..

³¹⁸ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 87.

administrativa imputa-se a infracção, ouve-se o arguido, realizam-se as diligências necessárias e, por fim, profere-se uma decisão, que pode consistir ou no arquivamento do processo, ou na aplicação de uma coima. Na segunda fase, submete-se a controlo judicial a decisão sancionatória proferida pela autoridade reguladora na fase administrativa, caso tal decisão não seja aceite pelo arguido³¹⁹. O processo de contra-ordenação tem, assim, uma estrutura dupla e diversa daquela do processo penal. É verdade que existe uma certa tendência para tratar a fase administrativa do processo de contra-ordenação como um inquérito. No entanto, a fase administrativa corresponde a uma fase especial do processo contra-ordenacional que não encontra paralelo no processo penal³²⁰. Para além da base axiológica em que assenta o direito de mera ordenação social, é a natureza (administrativa) da entidade que preside à instrução dos processos e aplicação de coimas que justifica a especialidade do processo contra-ordenacional³²¹. A fase administrativa do processo de contra-ordenação está prevista nos artigos 48º a 58º do RGCords. Como se pode verificar, são poucas as normas que se dirigem especificamente à tramitação da fase administrativa. do arguido, a tramitação processual desta fase especial é bastante simplificada³²². De modo muito breve, constituem características principais desta fase especial os seguintes aspectos:

- É da competência da autoridade administrativa a instrução do processo de contra-ordenação e a aplicação das sanções;
- Em princípio, não existe intervenção das autoridades judiciárias, a não ser em sede de recurso, quer de actos interlocutórios, quer da decisão final.

Com efeito, no direito de mera ordenação social a intervenção judiciária é subsidiária, na medida em que ele é concebido como um instrumento de intervenção

³¹⁹ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 87.

³²⁰ Por oposição ao que acontece em processo penal, a fase administrativa do processo de contra-ordenação pode terminar com actos que não existem na fase de inquérito criminal, tais como: uma decisão com conteúdo sancionatório efectivo e a possibilidade de essa decisão sancionatória ser posteriormente retirada pela autoridade administrativa, nos termos dos artigos 58º e 62º, nº 2 do RGCords.

³²¹ A este propósito, Helena Bolina explica que a instrução dos processos de contra-ordenação e aplicação das coimas é da competência de uma autoridade administrativa, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 33º do RGCords, pelo que, “não obstante tratar-se de um processo de natureza sancionatória, esta fase é designada em função da natureza da autoridade que a ela preside, tratando-se, assim, de uma fase organicamente administrativa”. De modo mais desenvolvido, *vide* Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 393.

³²² Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 394.

administrativa, de cariz sancionatório. O que se procura no direito de mera ordenação social é conferir à Administração uma maior eficácia, através da atribuição de poderes sancionatórios próprios. Na fase administrativa do processo de contra-ordenação, nem o Ministério Público, nem o Tribunal têm qualquer tipo de intervenção susceptível de condicionar os termos do processo³²³. Se, por um lado, o Ministério Público é completamente alheio a esta fase, já o Tribunal intervém apenas como instância de recurso das decisões interlocutórias mais intrusivas proferidas pelas autoridades administrativas. Por conseguinte, os únicos sujeitos processuais que aqui intervêm são a entidade administrativa e o arguido. Assim, o processamento da fase administrativa difere daquele do processo penal, muito devido à intervenção de um ente de carácter administrativo³²⁴. Acresce ainda que, como acima mencionado, a concentração das funções de instrução do processo, imputação dos factos ao arguido e decisão numa mesma entidade administrativa tornam o processo contra-ordenacional, em geral, e a sua fase administrativa especial, em particular, incomparável com o processo penal³²⁵. Todavia, se é verdade que estamos perante a ausência de uma diferenciação orgânica na fase administrativa, também é verdade que aí existem dois momentos processuais distintos: um primeiro momento, onde se procede ao apuramento dos factos, e um segundo momento, onde se toma em linha de conta o eventual contributo do arguido para o processo e se desenvolvem diligências por ele requeridas. Deste modo, a autoridade administrativa apura, numa primeira fase, a factualidade e, posteriormente, comunica-a ao arguido, dando-lhe a possibilidade de se pronunciar sobre ela. Na verdade, o arguido só saberá sobre que contra-ordenação se deverá pronunciar se os factos essenciais que constituem a contra-ordenação lhe forem comunicados. Numa segunda fase, a autoridade aguarda que o arguido contribua para o processo, designadamente através do requerimento de diligências probatórias. Refira-se que a entidade reguladora pode, por iniciativa própria, desencadear as diligências de prova que considere necessárias, já que deve pautar a sua actuação pela busca da verdade, de forma objectiva e imparcial³²⁶.

Se inicialmente o direito de mera ordenação social abrangia as infracções de cariz bagatelar, a realidade é que este alargou o seu campo de intervenção, estendendo-se a sectores para os quais não tinha sido pensado na sua génese, nomeadamente o

³²³ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* nota de rodapé nº 17, p. 395.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 396.

sector financeiro³²⁷. Consequência directa desse facto foi a inadequação do regime do direito contra-ordenacional, em grande medida devido à sua natureza simplificada, para regular e disciplinar as infracções de sectores especializados, como o são, a título de exemplo, o sector económico, o sector financeiro e o sector tecnológico. Perante esta inadequação do direito de mera ordenação social, acabaram por surgir uma série de soluções processuais específicas para os diferentes sectores. No entanto, apesar destes novos regimes processuais se aproximarem do regime geral do direito de mera ordenação social, a verdade é que, em diversos aspectos, eles constituem um regime processual único, aplicável a uma certa e determinada área da vida económico-social³²⁸. Ora, é precisamente isto que se passa com o sector financeiro. O sector financeiro, composto pela banca, pela actividade seguradora e pelo mercado dos valores mobiliários, está dotado de um regime processual específico, comum às diferentes áreas que o integram e distinto do regime processual geral, previsto no RGCords. De entre os traços comuns mais característicos do regime processual que regula as contra-ordenações do sistema financeiro, destacam-se dois, por se mostrarem os mais relevantes para melhor compreendermos o alcance do *nemo tenetur* em sede de direito de mera ordenação social, a saber:

- Os principais destinatários das normas são entidades supervisionadas;
- A confiança dos investidores é a condição essencial.

Intimamente ligadas com o dever de colaboração e, por conseguinte, com o direito ao silêncio, estas características mostram-se indispensáveis para o desenvolvimento do nosso tema. Cumpre, então, analisá-las em paralelo com os deveres de colaboração das entidades supervisionadas, o que faremos seguidamente.

2.3. OS DEVERES DE COLABORAÇÃO DAS ENTIDADES SUPERVISIONADAS

O sector financeiro é constituído por actividades cujo exercício depende de uma autorização das autoridades administrativas. Efectivamente, as entidades que se propõem a desenvolver uma qualquer actividade no âmbito do sector financeiro têm de reunir um conjunto de condições que determinam a decisão da autoridade

³²⁷ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 397.

³²⁸ *Ibidem*, p. 397.

reguladora. Se todas as condições estiverem reunidas, então é concedida a autorização para essas entidades exercerem a sua actividade. O facto de o acesso de uma entidade a determinado sector estar dependente de uma avaliação prévia efectuada pela autoridade reguladora competente remete-nos para o âmbito das actividades reservadas. É verdade que nem todo o direito de mera ordenação social regula as actividades reservadas, contudo, no sector financeiro é rigoroso afirmar que “os ilícitos de mera ordenação social constituem violações das regras de segurança próprias de um sector de actividade para cujo o acesso é necessário uma avaliação prévia de uma autoridade administrativa”³²⁹. Ora, destas relações pré-constituídas retira-se facilmente que os principais³³⁰ destinatários das normas sectoriais são as entidades supervisionadas, porquanto aqueles dispositivos legais se destinam a pautar as regras que zelam pelo bom funcionamento do sector de actividade. Assim, os intervenientes profissionais do sector não só conhecem as regras que disciplinam a actividade que desenvolvem, como também as aceitam.

O sector financeiro está direccionado para a captação de poupanças e, nessa medida, a confiança é a condição essencial para o seu funcionamento³³¹. Só com base na confiança é que o público canaliza as suas poupanças para as actividades financeiras. Sem confiança, não há investimento. E como é que se assegura essa confiança? A resposta é simples: através do exercício das funções de supervisão. Parece-nos óbvio que o facto de a actividade dos profissionais do sector financeiro estar sujeita a uma vigilância contínua por parte de uma entidade pública confere um maior grau de confiança aos investidores³³². Com efeito, ter a certeza de que existe um controlo permanente do cumprimento das normas e de que se zela pela saúde e estabilidade do mercado só pode contribuir para a captação de clientes. Dir-se-á, pois, que as próprias entidades profissionais do sector beneficiam, e muito, com o exercício dos poderes de supervisão por parte das autoridades administrativas. É, então, a vigilância contínua da actividade financeira que garante a confiança dos investidores. Ora, se assim é, a supervisão é uma função que tem de ser efectivamente exercida, sob pena de se defraudar as expectativas do público investidor, e para o ser é necessário o estabelecimento de um dever de colaboração dos profissionais financeiros perante o

³²⁹ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* nota de rodapé nº 22, p. 398.

³³⁰ Como explica Helena Bolina, também os clientes podem, através das ordens que dão aos intermediários financeiros, praticar contra-ordenações. *Vide* Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 398.

³³¹ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 399.

³³² *Ibidem*.

regulador³³³. O raciocínio é bastante simples: uma vez eliminada a garantia de que as entidades profissionais do sector financeiro estão a ser adequadamente vigiadas por uma autoridade administrativa, desaparece a confiança do público investidor. Assim, a obrigação de entrega de documentos essenciais à avaliação pelo regulador do cumprimento das normas é a condição principal para se garantir a eficácia da supervisão, a confiança dos investidores e o sã funcionamento do mercado. Quem entra no sistema financeiro conhece, à partida, as regras a que se sujeita e os direitos e deveres dos quais é titular. Pese embora se levantem grandes questões em volta dos deveres das entidades supervisionadas, a verdade é que os deveres de colaboração têm de existir porquanto são o garante do regular funcionamento do mercado, que é de resto um bem jurídico público fundamental e constitucionalmente consagrado (artigos 81º, alínea e) e 101º da CRP)³³⁴.

De entre os vários problemas que se discutem, aquele que toma especial relevo refere-se ao eventual conflito entre o *nemo tenetur*, na sua vertente de direito ao silêncio, e os deveres de colaboração. Qual o âmbito do direito ao silêncio? Qual o âmbito dos deveres de colaboração? Podem os elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração ser utilizados em sede de processo de contra-ordenação como prova dos factos imputados à entidade supervisionada que os fornece? Estas são as perguntas a que responderemos de seguida.

³³³ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 399.

³³⁴ *Ibidem*, p. 400.

3. O CONFLITO ENTRE OS DEVERES DE COLABORAÇÃO E O DIREITO AO SILÊNCIO: UTILIZAÇÃO DAS PROVAS EM PROCESSO DE CONTRA-ORDENAÇÃO

Antes de começarmos a responder às questões retro colocadas, é importante deixarmos uma nota: iremos tomar como exemplo o regime previsto para a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante CMVM), não só porque é uma das entidades reguladoras que operam no sector financeiro, mas também porque o material de apoio disponível para a análise do nosso tema se refere, na sua maioria, à CMVM. Assim, por motivos de adequação ao tema e por razões de maior acessibilidade bibliográfica optámos por esta estratégia de análise³³⁵. Posto isto, avancemos.

Já ficou assente que, em função dos fins prosseguidos pela supervisão, é imprescindível a existência de deveres de colaboração. Quanto a este aspecto, não cremos que haja grande margem para dúvidas, pois não imaginamos como é que o mercado poderia permanecer saudável e como é que os investidores poderiam aplicar as suas poupanças com confiança se o sector financeiro não estivesse sob controlo e vigilância de entes públicos. Quem opera neste sector de actividade conhece e aceita a supervisão levada a cabo pelas autoridades reguladoras. A supervisão e os deveres de colaboração são dois aspectos indissociáveis, porquanto o segundo é condição da efectividade do primeiro. Consequentemente, quem entra no sector financeiro sabe que tem de colaborar com as entidades administrativas sempre que estas estiverem a exercer os seus poderes de supervisão. Do ponto de vista subjectivo, as entidades sujeitas à supervisão da CMVM estão elencadas no nº 1 do artigo 359º do Código dos Valores Mobiliários (doravante CdVM) e só estas estão obrigadas ao dever de colaboração, nos termos do nº 3 do artigo 359º do CdVM. Destes dois dispositivos legais resulta que os profissionais que têm uma intervenção específica no mercado dos valores mobiliários estão sob o olhar atento da CMVM, estando assim obrigados a um dever de colaboração que se traduz na contrapartida da autorização para actuarem no sector³³⁶. Para além disso, refira-se que quando falamos em entidades

³³⁵ Acrescente-se também que o regime previsto para a CMVM acaba por ser muito similar àqueles das restantes autoridades reguladoras do sector financeiro, pelo que se torna prático estudar apenas um, se o podemos, com as necessárias adaptações, aplicar a todo o sector de actividade.

³³⁶ Como diz Helena Bolina, o âmbito do dever de colaboração restringe-se, assim, às entidades incluídas no nº 1 do artigo 359º do CdVM, “uma vez que o seu fundamento assenta precisamente no facto

supervisionadas estamos, na grande maioria das vezes, a referir-nos a pessoas colectivas. Tal menção pode parecer algo óbvia, mas reveste uma certa importância na medida em que é a própria entidade supervisionada, enquanto pessoa colectiva, que está obrigada a colaborar com as autoridades administrativas, e não os seus colaboradores individualmente considerados³³⁷. Por outro lado, do ponto de vista objectivo, o dever de colaboração traduz-se na entrega de documentos e na prestação de declarações perante a entidade reguladora, neste caso a CMVM, que pode, ao abrigo dos seus poderes de supervisão, exigir ter acesso a esse tipo de informação³³⁸. Sobre os aspectos fundamentais do direito ao silêncio já nos pronunciámos anteriormente. Recordando a temática do *nemo tenetur*, mais especificamente a dimensão do direito ao silêncio, temos vindo a defender que este abrange as declarações, sejam elas prestadas sob a forma verbal, escrita ou gestual, e que pode ser exercido tanto em fase de supervisão, como forma de evitar abusos do regulador, quanto na fase de processo de contra-ordenação, onde já existe arguido constituído. Fora do seu alcance estão, pois, todos os elementos e documentos cujo conteúdo auto-incriminatório não seja declarativo. Também ao nível do âmbito subjectivo de aplicação do direito ao silêncio já nos pronunciámos no sentido de este ser aplicável tanto às pessoas singulares, quanto às pessoas colectivas, pelo que consideramos suficientemente sólida a afirmação de que as entidades supervisionadas, enquanto pessoas colectivas, estão obrigadas a colaborar com as autoridades administrativas, sendo, ainda, titulares do direito ao silêncio³³⁹. Face ao exposto, coloca-se a questão de saber se os elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração podem ser utilizados, pelas entidades administrativas, como prova em processo de contra-ordenação. A questão é analisada de diversas formas pela doutrina, existindo três grandes teses sobre este assunto³⁴⁰, a saber:

de intervirem profissionalmente num mercado regulado e vigiado por uma autoridade pública". Veja-se Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... p. 402.

³³⁷ Pese embora possam ser agentes dos ilícitos no quadro dos valores mobiliários, como salienta Helena Bolina. Sobre este aspecto consulte-se Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... p. 402.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ "As pessoas colectivas também há-de reconhecer-se o direito ao silêncio, pois se se admite que a pessoa colectiva pode prestar declarações em processo através do seu representante, tem de se reconhecer que o oposto (o direito a não prestar declarações) é compatível com a sua natureza, desde que tal silêncio seja uma decisão legitimamente imputada ao ente colectivo". Para mais desenvolvimentos, veja-se com pormenor Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 97.

³⁴⁰ Seguimos, para efeitos de análise, a classificação utilizada por Helena Bolina.

- Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração;
- Tese da restrição legítima do *nemo tenetur se ipsum accusare*;
- Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio.

Vejam, então, cada uma delas detalhadamente.

Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração

Sufragada por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, esta tese propugna a existência de um verdadeiro conflito entre o direito à não auto-incriminação e a utilização dos elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração como prova em processo de contra-ordenação. Para os autores, o direito à não auto-incriminação impossibilita por completo a utilização processual dos elementos recolhidos pelas entidades supervisoras no exercício dos poderes de supervisão³⁴¹. Pese embora reconheça que “uma supervisão eficaz não é possível sem a existência e a observância de deveres de colaboração”³⁴², Augusto Silva Dias crê que o facto de a entidade supervisora concentrar em si os poderes fiscalizadores e sancionatórios pode levar a um aproveitamento dos deveres de colaboração para, à custa do supervisionado, o regulador instruir o processo contra-ordenacional e, assim, proferir uma decisão condenatória³⁴³. Ou seja, o autor denuncia que o quadro conflitual deriva de uma conduta desleal da autoridade administrativa que, no exercício dos poderes de supervisão, acciona os deveres de colaboração a que o supervisionado está obrigado, sem o informar da infracção de que teve notícia e, desse modo, recolhe todos os elementos de que necessita para instruir o processo contra-ordenacional³⁴⁴. Segundo Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, o conflito só ficaria resolvido se se reconhecesse que os deveres de colaboração apenas existem no âmbito da actividade de supervisão, cessando em fase de processo contra-ordenacional, momento em que, consequentemente, o *nemo tenetur*, enquanto direito constitucionalmente tutelado e de valor superior aos interesses constitucionalmente consagrados que o Estado

³⁴¹ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... p. 403.

³⁴² Dias, Augusto Silva – *O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações* ... p. 249.

³⁴³ *Ibidem*, p. 250.

³⁴⁴ *Ibidem*, 250 e ss..

prossegue através da supervisão, valeria sem restrições. Nesta linha de pensamento, os autores referem ainda que da supervisão estão excluídos os poderes sancionatórios, pelo que as autoridades reguladoras não podem instruir processos contra-ordenacionais com base nos elementos recolhidos durante o exercício dos poderes de controlo e vigilância. Aquilo que os entes públicos podem fazer é emitir ordens ou formular recomendações, mas nunca instruir processos por eventuais infracções evidenciadas. Assim sendo, de acordo com os autores, as entidades reguladoras não podem instruir processos com base em provas recolhidas ao abrigo dos deveres de colaboração³⁴⁵, ou porque os deveres de colaboração só valem perante o exercício de poderes de supervisão e desses estão excluídos os poderes sancionatórios, ou porque os deveres de colaboração cessam em fase de processo contra-ordenacional e aí não se podem recolher provas ao abrigo dos deveres de colaboração, uma vez que o *nemo tenetur* vigora plenamente.

Dentro desta linha mais garantística encontramos também alguma jurisprudência nacional³⁴⁶ que entende que os deveres de colaboração dos supervisionados cessa assim que se esteja perante um processo de contra-ordenação, onde já existe arguido que tem, nessa qualidade, direito a permanecer em silêncio, à semelhança do que acontece em sede de direito processual penal.

Tese da restrição legítima do *nemo tenetur se ipsum accusare*

Entre os autores que defendem a doutrina da restrição legítima do *nemo tenetur* encontram-se Figueiredo Dias e Costa Andrade. Apoiantes da doutrina processualista, estes dois autores identificam como fundamento imediato do direito ao silêncio as garantias de defesa constitucionalmente previstas no art.º 20º, nº 4 e 32º da CRP³⁴⁷. Figueiredo Dias e Costa Andrade reconhecem ainda que o direito ao silêncio é extensível a todo o direito punitivo, pelo que não se coloca qualquer dúvida

³⁴⁵ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... pp. 404-405.

³⁴⁶ Vide Sentenças do Tribunal de Primeira Instância de Lisboa, a saber, processo nº 3839/06.0TFLSB, de 16 de Outubro de 2008; processo nº 4907/06.3TFLSB, de 11 de Janeiro de 2008, processo nº 3501/06.3TFLSB, de 22 de Abril de 2010. Consulte-se ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2011.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 411. Ainda Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio* ... p. 55: “o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação têm uma matriz constitucional processualista, assente no processo equitativo previsto no nº 4 do artigo 20º da CRP e nas garantias processuais reconhecidas ao arguido pelo artigo 32º do texto constitucional”.

relativamente à sua vigência em direito de mera ordenação social³⁴⁸. De acordo com esta tese, o *nemo tenetur*, em geral, e o direito ao silêncio, em particular, não têm valor absoluto, sendo admitidas restrições, desde que previstas em lei prévia e expressa e desde que obedeçam ao princípio da proporcionalidade (art.º 18º, nº 2 da CRP), com vista à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Explicam os autores que no âmbito dos valores mobiliários, e tendo sempre presente que a tutela do sistema financeiro exige um controlo e vigilância do sector, “o regime previsto no CdVM corresponde justamente a uma restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida do direito ao silêncio”, uma restrição que respeita, aliás, os requisitos retro mencionados³⁴⁹. Mais, contrariamente ao que propugnam Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, para aqueles autores os poderes de instruir processos contra-ordenacionais e de aplicar sanções estão incluídos no âmbito da actividade de supervisão, na medida em que o processo administrativo de carácter sancionatório é uno e comandado por uma só entidade, a quem cabe investigar, instruir o processo e aplicar a respectiva coima³⁵⁰. Ora, se assim é, Figueiredo Dias e Costa Andrade concluem que o desempenho eficaz da supervisão impõe a utilização dos elementos recolhidos junto das entidades supervisionadas ao abrigo dos deveres de colaboração como prova em processo contra-ordenacional³⁵¹. Estes autores salientam mesmo que “o regime legal de supervisão admite que a CMVM possa solicitar às entidades supervisionadas informações, ainda que estas informações se destinem a instruir um processo contra-ordenacional, nos termos do artigo 361º”³⁵². A restrição do direito ao silêncio a que se assiste no quadro legal do mercado dos valores mobiliários está, de acordo com a tese da restrição legítima do *nemo tenetur*, conforme com os requisitos impostos pela Constituição e justifica-se não só face à natureza do direito de mera ordenação social, mas também face aos deveres de colaboração legalmente consagrados e que funcionam como uma contrapartida do exercício da actividade no sector financeiro³⁵³.

³⁴⁸ “(...) o regime geral do direito ao silêncio, assim como a sua vigência alargada e a possibilidade da sua restrição legal valem também no processo contra-ordenacional, de acordo com o disposto no nº 10, do artigo 32º da CRP”. Veja-se de modo mais desenvolvido Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 55 e ss..

³⁴⁹ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 56.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* pp. 412-413.

³⁵² Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 53.

³⁵³ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 413.

Em suma, a restrição do direito ao silêncio é legítima no sentido em que estão respeitados os requisitos constitucionalmente impostos, ou seja, “existe previsão prévia em diploma geral e abstracto; a restrição é funcionalmente dirigida à salvaguarda de um princípio constitucional e o princípio da proporcionalidade encontra-se respeitado, uma vez que a restrição é adequada, necessária e equilibrada”³⁵⁴.

O Tribunal da Relação de Lisboa já se veio também pronunciar no sentido da admissibilidade de restrições ao *nemo tenetur*, referindo que “as provas recolhidas pela CMVM no exercício dos seus poderes de supervisão não são nulas”³⁵⁵, já que “o dever de colaboração imposto às entidades supervisionadas é essencial ao cumprimento da função de supervisão e constitui para aquelas a contrapartida do acesso ao mercado”³⁵⁶. Entende ainda o Tribunal que o dever de colaboração pode cessar na exacta medida em que se reconheça que a omissão do dever de colaboração corresponde ao exercício do direito ao silêncio, devendo, contudo, ter-se bem presente que esse direito “abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos imputados ao arguido”³⁵⁷. Mais uma vez se defende que o direito ao silêncio “não é absoluto, podendo ser flexibilizado em nome e na defesa de determinados valores ou interesses que o Estado visa salvaguardar, desde que observado o princípio da proporcionalidade e o requisito da lei prévia, e desde que tal não se converta num atentado insuportável à dignidade humana”³⁵⁸.

Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio

A tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio é sustentada, designadamente, por Frederico da Costa Pinto que, como aliás já foi por nós referido, afirma que “o direito ao silêncio abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu

³⁵⁴ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... pp. 413-414.

³⁵⁵ Alfafar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação* ... p. 347.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ *Ibidem*.

poder”³⁵⁹. Ora, o que aqui está em causa é a obtenção de declarações e a sua utilização como prova em processo de contra-ordenação. Com efeito, a distinção entre entrega de documentos e prestação de declarações e depoimentos mostra-se relevante para a posição defendida por Frederico da Costa Pinto. Segundo o autor, o direito ao silêncio, de fundamento constitucional, reconduz-se a uma “dimensão tática do direito de defesa”³⁶⁰ e não enquadra no seu âmbito a entrega de elementos, cuja recusa é impossível ao abrigo do dever de sujeição a diligências de prova, nos termos do disposto no art.º 61º, nº 3, alínea d) do CPP³⁶¹. Ou seja, de acordo com o autor, o dever de colaboração expresso na obrigatoriedade de entrega de documentos não se traduz numa restrição do direito ao silêncio, uma vez que este direito não integra no seu conteúdo a entrega de documentos, mas apenas a prestação de declarações. Frederico da Costa Pinto explica ainda que o dever de colaboração e a consequente obrigação de entrega de elementos são uma contrapartida do acesso ao mercado³⁶², que mais não é do que um bem público com tutela constitucional e que o Estado tem como tarefa efectivar através do regime legal de supervisão levado a cabo pelas entidades reguladoras independentes³⁶³.

Imprescindíveis, pois, para a eficácia da supervisão, os deveres de colaboração traduzidos na entrega de documentos existem não só na fase de supervisão, mas também no momento em que já está em curso um processo de contra-ordenação, sendo completamente alheios e autónomos face ao direito ao silêncio, não consubstanciando, assim, uma restrição deste direito, mas antes uma contrapartida da entrada no sistema financeiro que acarreta um dever de sujeição a diligências de sujeição de prova.

Face às três teses supra expostas, cumpre agora responder a uma pergunta importante: o que é que o direito ao silêncio efectivamente proíbe em matéria probatória no quadro dos processos de contra-ordenação da competência das entidades de regulação e supervisão do sistema financeiro?

³⁵⁹ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 95.

³⁶⁰ Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio ...* p. 99.

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 96-97.

³⁶² *Ibidem*, p. 71.

³⁶³ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 415.

3.1. O QUE É PROVA PROIBIDA?

A resposta a esta pergunta requer uma breve análise crítica das três teses anteriormente explanadas, em jeito de tomada de posição perante a problemática da utilização dos elementos obtidos pelas entidades supervisoras em processo de contra-ordenação da sua competência. De facto, só conhecendo as diversas posições doutrinárias é que se afigura possível justificar a nossa opinião sobre o tema, definindo assim aquilo que é considerado prova proibida, no sentido positivo, no quadro regulatório.

Acompanhando o pensamento de Helena Bolina, cremos que a primeira tese é de recusar liminarmente por corresponder a uma total aniquilação do exercício da supervisão do mercado dos valores mobiliários³⁶⁴. A tese de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos faz letra morta da tutela do sistema financeiro que a CRP consagra e incumbe ao Estado³⁶⁵ e, por esse mesmo motivo, mostra-se inaceitável. Acresce ainda que não se verifica qualquer tentativa de conciliação entre a protecção do sistema financeiro e os direitos de defesa do arguido, já que se assiste a uma transposição sem mais das regras processuais penais para o processo de contra-ordenação. O facto é que a aplicação da lei processual penal sem as devidas e necessárias adaptações às características dos ilícitos de mera ordenação social no âmbito do sector financeiro retira sentido útil à actividade de supervisão, viola as directrizes do legislador constitucional e não traz um contributo positivo para a discussão em causa.

Também ao nível supranacional é pacífico o entendimento de que os documentos entregues pelas entidades supervisionadas, ao abrigo dos deveres de colaboração, são provas válidas em processos contra-ordenacionais³⁶⁶, pelo que é seguramente de

³⁶⁴ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 416.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ Exemplos de jurisprudência comunitária são os Acórdãos *Orkem versus Comissão* e *Saunders versus Reino Unido*. No primeiro caso, ficou assente que as empresas são obrigadas a fornecer à Comissão todas as informações que esta requerer e a entregar documentos, ainda que estes possam servir para comprovar a existência de um comportamento contrário às normas. Mais, entendeu o Tribunal que as empresas podem recusar-se a fornecer respostas através das quais se auto-incriminem. Ou seja, a entrega de documentos não pode ser recusada e a prestação de declarações só o pode ser se das declarações resultar a admissão directa de uma infracção. No segundo caso, o TEDH entendeu que a utilização de declarações obrigatórias violava o *nemo tenetur*, mas se esses elementos existissem independentemente da vontade, como é o caso dos documentos obtidos a coberto de mandado, aí já não estávamos perante uma violação do princípio. Ora, ainda que a jurisprudência do TEDH não possa ser transposta sem mais para o quadro regulatório, na medida em que os casos apreciados não tratam de informação fornecida por entidades supervisionadas, deverá sempre afastar-se a ideia da vigência

afastar a tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração.

Afastada que está a primeira tese, não se pode negar valor como prova aos elementos entregues pelas entidades supervisionadas, em cumprimento do seu dever de colaboração para com as autoridades administrativas³⁶⁷, dever esse que ademais se mantém mesmo após a instauração de um processo de contra-ordenação, pois só assim se garante o efeito de correcção dos comportamentos que se pretende com a actividade de supervisão. Se tais elementos não fossem tidos como validamente recolhidos, o artigo 64º do RGCords não teria qualquer sentido, uma vez que dispõe no sentido de o tribunal, em fase judicial do processo contra-ordenacional, poder decidir, condenando o arguido, sem a realização de audiência de julgamento, sendo considerada como prova exclusiva aquela recolhida na fase administrativa do processo³⁶⁸. Quer seguindo o entendimento de Figueiredo Dias e Costa Andrade, quer seguindo a linha do pensamento de Frederico da Costa Pinto, a verdade é que a utilização dos elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração em processo de contra-ordenação é válida, porquanto tem como fundamento permitir o exercício de uma supervisão efectiva. De facto, é essencial que de comportamentos errantes se retirem as devidas consequências através da aplicação de sanções, pois esta é a única maneira de o regulador exercer um efeito preventivo e correctivo sobre os profissionais do mercado³⁶⁹.

Não questionando a força argumentativa da tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio, acreditamos que a tese da restrição legítima do *nemo tenetur se ipsum accusare* é aquela que melhor relaciona o direito ao silêncio com os deveres de colaboração de que os agentes económicos são titulares e a que estão vinculados, pela lei, quando entram no sistema financeiro. A nossa opção por esta tese justifica-se pelo seu raciocínio lógico e claro e pela simplicidade dos conceitos. Na realidade, a tese de Frederico da Costa Pinto pode levar o leitor menos experiente a associar o direito ao silêncio apenas às declarações orais, excluindo do seu conteúdo outras formas declarativas, como sejam as declarações gestuais e escritas. Não é de todo o que o autor pretende dizer, referindo-se, pois, às declarações e depoimentos, independentemente da forma que tomam.

absoluta do *nemo tenetur* em processo de contra-ordenação da competência das entidades de supervisão. De modo mais pormenorizado, consulte-se Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... pp. 416 e ss..

³⁶⁷ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados* ... p. 420.

³⁶⁸ *Ibidem*, nota de rodapé nº 57, p. 422.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 421.

Para Frederico da Costa Pinto, da entrega de documentos estão excluídos todos os documentos e elementos de natureza declarativa, que integram, de resto, o conteúdo do direito ao silêncio. No mesmo sentido, Helena Bolina ensina que a aplicação do direito ao silêncio “aos ilícitos de mera ordenação social do sector financeiro terá de ser adaptada à existência daqueles deveres sobre as entidades supervisionadas e, em consequência, não vale nestes processos com essa extensão mas apenas com o sentido de que a entidade supervisionada não pode ser obrigada a prestar depoimento contra si própria”³⁷⁰. Assim sendo, todo e qualquer depoimento ou declaração auto-incriminatórios não são exigíveis, nem entram no rol de elementos a entregar ao supervisor em cumprimento do dever de colaboração, sob pena de violação do direito ao silêncio das entidades supervisionadas/arguidas, que vigora quer em fase de supervisão, quer em fase de processo contra-ordenacional. Diga-se ainda que ao falarem em recolha de “elementos” e não “de documentos”, Figueiredo Dias e Costa Andrade não entram na pormenorização do que é ou não considerado declaração, depoimento e documento não declarativo, não discutem conceitos e apenas se limitam a explicar que a restrição do direito ao silêncio em processos de mera ordenação social no quadro das entidades reguladoras justifica-se por se destinar a assegurar a incumbência constitucional da tutela do sistema financeiro e é legítima por estar expressamente prevista em lei prévia. Na verdade, os autores defendem uma tese que se centra mais no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e na explicação da sua restrição em processo de contra-ordenação e não tanto na distinção entre entrega de documentos e prestação de declarações como forma de delimitar o objecto dos deveres de colaboração.

Por conseguinte, e em resposta à nossa pergunta, dir-se-á que é prova proibida toda a declaração ou depoimento auto-incriminatórios. Recorrendo ao direito subsidiário, acreditamos que pode ser interessante fazer um paralelo com o artigo 126º do CPP. Assim, são provas proibidas em direito de mera ordenação social no quadro das entidades reguladoras as declarações, respostas, depoimentos e informações de elementos factuais que:

- Sejam obtidas mediante coacção;
- Sejam obtidas mediante a utilização de meios enganosos;

³⁷⁰ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 423.

- Sejam obtidas mediante ameaça de medida legalmente inadmissível, e bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- Sejam obtidas mediante promessa de vantagem legalmente inadmissível.

O regime previsto para tais proibições de prova seria o regime da nulidade, aplicando-se as consequências jurídicas da violação do *nemo tenetur* já anteriormente explicadas, motivo pelo qual se remete esta questão para o capítulo que trata da matéria.

Em suma, todos os elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração que não tenham cariz declarativo, independentemente da forma da declaração, são provas válidas e legalmente admissíveis em processo de contra-ordenação, ainda que desses elementos possa resultar a evidência da prática de uma infracção contra-ordenacional no âmbito regulatório. Se assim não fosse e se se aplicassem sem as devidas adaptações as regras de direito subsidiário, este estaria a adulterar o regime e o sentido da supervisão³⁷¹.

³⁷¹ Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados ...* p. 424.

PARTE III - CONCLUSÕES

De tudo quanto ficou exposto, extraímos as seguintes conclusões essenciais:

1. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, à semelhança do que sucede a nível supranacional, vigora no ordenamento jurídico português, quer na sua dimensão de direito o silêncio, quer na sua dimensão de direito à não auto-incriminação.
2. Os dois vectores constitutivos do *nemo tenetur* têm uma matriz constitucional processualista, já que o seu fundamento imediato reside nas garantias de defesa reconhecidas ao arguido através do artigo 32º da CRP e no processo justo e equitativo, previsto no nº 4 do artigo 20º da CRP.
3. Originariamente de natureza penal, o *nemo tenetur* estende-se a todo o direito sancionatório, vigorando, por conseguinte, em sede de direito de mera ordenação social, por via do disposto no nº 10 do artigo 32º da CRP.
4. O *nemo tenetur*, em geral, e o direito ao silêncio, em particular, não têm carácter absoluto, estando, por esse mesmo motivo, sujeitos a algumas limitações.
5. No que concerne ao direito ao silêncio, para que a sua restrição tenha validade constitucional será sempre necessário estar verificado o preenchimento de dois requisitos, a saber: as limitações estarem prevista em lei prévia e expressa e serem impostas com respeito pelo princípio da proporcionalidade e em nome da salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos, nos termos e para os efeitos do nº 2 do artigo 18º a CRP.
6. A regulação do sector financeiro, levada a cabo por autoridades administrativas independentes, impôs-se como uma forma de assegurar o cumprimento das normas por parte dos agentes económicos, de dissuadir a prática de comportamentos desviantes, reforçar a confiança dos investidores e, desse modo, garantir o equilíbrio e o bom funcionamento do mercado.
7. A tutela do sistema financeiro constitucionalmente prevista é assegurada através da supervisão, uma actividade da competência das entidades reguladoras independentes que, por essa via, controlam, vigiam, acompanham, fiscalizam, previnem e reprimem toda e qualquer conduta dos agentes supervisionados que seja contrária ao corpo normativo vigente.

8. Assim, para além das actividades de controlo, vigilância e fiscalização, também estão incluídas na supervisão a prevenção e a repressão das actuações contrárias à lei. Por conseguinte, a instrução de processos de contra-ordenação e a aplicação de sanções é da competência das autoridades administrativas em sede de direito de mera ordenação social no quadro regulatório.
9. Este regime justifica-se quer pelas finalidades prosseguidas, ou seja, a estabilidade e o regular funcionamento do mercado, quer pela natureza do direito de mera ordenação social, que reprime condutas axiologicamente neutras.
10. No âmbito do seu poder sancionatório, as entidades supervisoras podem requerer aos agentes supervisionados todos os elementos e informações que considerem necessários para o apuramento da existência ou inexistência de uma infracção.
11. As entidades supervisionadas são, por conseguinte, titulares de deveres de colaboração para com as entidades reguladoras, sob pena de sanção.
12. Tal regime legal é do conhecimento dos agentes supervisionados, já que, e por maioria de razão, os deveres de colaboração se traduzem numa contrapartida do acesso ao mercado dos valores mobiliários.
13. Do conflito emergente entre os deveres de colaboração e o direito ao silêncio, enquanto direito de defesa, conclui-se que aqueles constituem uma restrição legítima deste, porquanto os deveres de colaboração impostos às entidades supervisionadas são essenciais ao cumprimento da função de supervisão.
14. Existentes quer durante a fase de supervisão, quer na pendência de um processo de contra-ordenação, os deveres de colaboração podem cessar na exacta medida em que se reconheça que a omissão do dever de colaboração corresponde ao exercício do direito ao silêncio.
15. Contudo, convém não esquecer que o direito ao silêncio abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos imputados ao arguido.
16. Daí que a recusa de entrega de quaisquer elementos de cariz não declarativo, não incluídos ademais no conteúdo do direito ao silêncio, não seja permitida.
17. Logo, os elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração que não tenham cariz declarativo, independentemente da forma da declaração, são provas válidas e legalmente admissíveis em processo de contra-ordenação.

18. Consequentemente, são provas proibidas as declarações, respostas, depoimentos e informações de elementos factuais de conteúdo auto-incriminatório.

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

Alfagar, Diana – *O dever de colaboração e o nemo tenetur*, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Nº 11/12 (Julho-Dezembro 2012), Lisboa

Alexandrino, José Melo – *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª Edição: revista e actualizada, Princípia, Cascais, 2011

Andrade, Manuel da Costa – *Sobre as proibições da prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, reimpressão de 2006

Azevedo, Maria Eduarda – *Temas de Direito da Economia*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014

Berger, Mark – *Europeanizing self-incrimination: the right to remain silent in the European Court of Human Rights*, European Legal Studies Center, Columbia, 2006

Berger, Mark – *Self-incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the right to silence*, E.H.R.L.R. Issue 5, Columbia, 2007

Bernardo, Joana Sofia Martins Sant'Ana – *O direito à não auto-incriminação e os deveres de colaboração com a Administração Tributária*, dissertação de mestrado não publicada, Universidade Católica Portuguesa, 2014

Bolina, Helena – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários*, in *Revista do CEJ*, nº 14 (2º semestre 2010), Lisboa

Canotilho, J. J. Gomes (e Vital Moreira) – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Carvalho, Américo Taipa de – *Direito Penal, Parte Geral*, 2ª Edição Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

Catarino, Luís Guilherme – *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2010

Costa, Joana – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Revista do Ministério Público, Ano 32, Nº 128 (Outubro-Dezembro 2011), Lisboa

Costa, Mário de Almeida (com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos) – *História do Direito Português*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012

Dias, Augusto Silva – *O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Nº I (Janeiro-Março 2010), Lisboa

Dias, Augusto Silva (e Vânia Costa Ramos) – *o direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

Dias, Jorge de Figueiredo (e Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto) – *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, Coimbra, 2009

Fonseca, Alexandra Mendes – *Arquivos Bancários em Portugal: Requisitos para a Gestão de Documentos de Arquivo*, dissertação de mestrado não publicada, Universidade Nova de Lisboa – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, 2015

Helmholz, Richard H. – *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Jus Commune*, 65 New York University Law Review 962, 1990

Langbein, John H. – *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, Faculty Scholarship Series, Paper 550, 1994

Lima, Sofia Belo Campos de – *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare no direito processual penal português*, dissertação de mestrado não publicada, Universidade Católica Portuguesa, 2014

Mendes, Paulo de Sousa – *Lições de Direito Processual Penal*, 3ª reimpressão da edição de Setembro de 2013, Almedina, Coimbra, 2015

Menezes, Sofia Saraiva de – *O direito ao silêncio: por trás do mito*, in Prova criminal e direito de defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal (coordenação: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto), 6ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016

Miranda, Jorge (e Rui Medeiros) – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

Moglen, Eben – *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination*, in Michigan Law Review, Vol. 92, Nº 5 (Mar. 1994)

Pinto, Lara Sofia – *Privilégio contra a Auto-Incrminação versus Colaboração do Arguido – Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile?*, in Prova criminal e direito de defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal (coordenação: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto), 6ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016

Prata, Ana (com a colaboração de Jorge Carvalho) – *Dicionário Jurídico*, volume I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2016

Ramos, Vânia Costa – *Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte I*, in Revista do Ministério Público, Ano 27, nº 108 (Outubro-Dezembro 2006), Lisboa

Ramos, Vânia Costa – *Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte II*, in Revista do Ministério Público, nº 109 (Janeiro-Março 2007)

Silva, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português*, Volume I, 7ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013

SÍTIOS ON-LINE

<http://caselaw.findlaw.com>

<http://chicagounbound.uchicago.edu>

<http://www.dgsi.pt>

<http://direitoshumanos.gddc.pt>

<http://digitalcommons.law.yale.edu>

<http://www.heritage.org>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<https://www.law.cornell.edu>

<http://www.tribunalconstitucional.pt>

LEGISLAÇÃO

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Código de Processo Penal

Código dos Valores Mobiliários

Código Penal

Constituição da República Portuguesa

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Estatuto de Roma do Tribunal Internacional

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos da Organização Nacional das Nações Unidas

Regime Geral das Contra-Ordenações