

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



O Direito ao Silêncio das Pessoas Coletivas

MADALENA SOFIA RODRIGUES CESTEIRO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

Lisboa, 2 de agosto de 2017

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



O Direito ao Silêncio das Pessoas Coletivas

MADALENA SOFIA RODRIGUES CESTEIRO

ORIENTADORA:

PROFESSORA DOUTORA TERESA QUINTELA DE BRITO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

Agradecimentos

Aos meus pais,
Pelo amor, paciência, disponibilidade e apoio incondicional,

Aos meus irmãos,
Pelo carinho e atenção,

Aos meus amigos,
Pelos tempos de ausência,

Ao PAULO NEVES pela paciência, otimismo e compreensão,
Que nunca irei esquecer.

À minha orientadora, PROFESSORA DOUTORA TERESA QUINTELA DE BRITO,
Pelo auxílio prestado.

Muito obrigado!

“Ninguém escapa ao sonho de voar, de ultrapassar os limites do espaço onde nasceu, de ver novos lugares e novas gentes. Mas saber ver em cada coisa, cada pessoa, aquele algo que a define como especial, um objeto singular, um amigo, é fundamental. Navegar é preciso, reconhecer o valor das coisas e das pessoas, é mais preciso ainda.”

ANTOINE DE SAINT-EXUPÉRY

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
AdC	Autoridade da Concorrência
Art./art.	Artigo/artigo
ASAE	Autoridade de Segurança Alimentar e Económica
CC	Código Civil
CdVM	Código dos Valores Mobiliários
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cf./cf.	Conforme/confirme
CMVM	Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
MP	Ministério Público
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
Pág./pág.	Página

R	Relator
RJC	Regime Jurídico da Concorrência
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCL	Tribunal do Comércio de Lisboa
TR	Tribunal da Relação
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
V.	Ver
Vol.	Volume
Vs.	<i>Versus</i>

Resumo

O presente estudo tem como objetivo o contributo para a resolução dos casos em que, no âmbito das atividades reguladas, o direito constitucional ao silêncio das entidades supervisionadas entra em conflito com a obrigatoriedade de colaboração com as entidades supervisoras ou reguladoras. Ademais, cumpre esclarecer se o facto da generalidade das entidades reguladoras centrarem em si competências para instruir, investigar e, por fim, sancionar a atuação dessas entidades reguladas está a ferir o núcleo essencial da garantia constitucional ao silêncio, porquanto as provas recolhidas nas primeiras atividades podem servir de fundamento à instauração de um processo sancionatório. Em suma, procura-se encontrar uma solução que, por um lado, não desviabilize a atividade de supervisão e, por outro lado, não deixe de salvaguardar o direito ao silêncio. Diretamente relacionados com esta questão surgem problemas ao nível da representação da pessoa coletiva em juízo, nomeadamente a questão de saber na ‘Pessoa Humana’ sobre a qual irá ser constituída arguida a pessoa coletiva, e em que medida e com que legitimidade poderá essa pessoa invocar o direito ao silêncio.

Deste modo, a legislação nacional, o ordenamento jurídico português, a jurisprudência e as posições doutrinárias serão analisadas.

Palavras-chave: Direito ao Silêncio, Direito à não autoincriminação, Pessoas Coletivas, atividade económica regulada.

Abstract

The purpose of this study is to purchase the resolution of cases in which, within the scope of regulated activities, the supervised entities' constitutional right to silence conflicts with their collaboration obligations, towards the supervisory or regulatory entities. In addition, it is necessary to clarify the circumstances in which most of the regulatory entities focus on themselves the power to instruct, investigate and, finally, punish the activities of these regulated entities, hurting the essential nucleus of the constitutional guarantee to silence, considering that the evidence collected in the first activities may serve as a basis for a sanctioning procedure. Summing up, we seek a solution that empowers a supervisory activity, as well as protects the right to silence. Directly related to this issue arises problems in the legal person representation matters, in court, specially the question of who is the 'Human Person' on whom the legal person will be constituted, and with what legitimacy may that person invoke the right to silence.

In this sequence, the national law, the Portuguese legal system, the jurisprudence and doctrinal positions will be analyzed.

Keywords: *Legal silence, Right against self-incrimination, Legal Persons, regulated economic activity.*

Índice

	<i>Página</i>
Agradecimentos	iv
Siglas e Abreviaturas	vi
Resumo	viii
Abstract	ix
Introdução	1
PARTE I – ENQUADRAMENTO TEÓRICO	
Capítulo I. – Origens do princípio <i>Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare</i>	7
1. Fundamentos Constitucionais	12
1.1. Fundamento Material	12
1.2. Fundamento Processual	13
2. Fundamento Jurídico-internacional	15
Capítulo II. – Titularidade de direitos fundamentais	16
1. Pela Pessoa Humana	16
2. Pelas Pessoas Coletivas	18
PARTE II – ENQUADRAMENTO PRÁTICO	
Capítulo I. – O dever de colaboração Vs. direito ao silêncio	24
1. O caso das entidades reguladoras	24
2. Os Poderes de Supervisão e os Poderes Sancionatórios	28
2.1. Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração	31
2.2. Tese da restrição legítima do princípio <i>nemo tenetur</i>	32
2.3. Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio	33
3. Excurso – o problema da concentração de poderes	35
4. Posição Adotada	37

Capítulo II. – A representação da pessoa coletiva em juízo	42
1. A representação da pessoa coletiva nos termos gerais	43
2. As testemunhas – em especial, os ex-administradores	46
3. A representação plural	47
PARTE III – CONTRIBUTOS PARA A DOUTRINA	
Capítulo I. – Proposta de regulação	49
Capítulo II. – Síntese conclusiva	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	77

Introdução

No Ordenamento Jurídico português, o arguido é tido como sujeito processual e não como objeto de prova.

Nesta senda, assistem ao arguido certos deveres, mas também direitos de defesa, garantidos pela Constituição da República Portuguesa e regulados no Código de Processo Penal, resultado da passagem da estrutura inquisitória do processo penal para estrutura acusatória. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o princípio do acusatório é um dos princípios estruturantes da constituição processual penal. Essencialmente, ele significa que só se pode ser julgado por um crime, precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial”.¹

Assim, o princípio acusatório distingue-se da estrutura inquisitória do processo penal, porquanto o juiz, neste último caso, proferia decisão sem previamente confrontar o arguido com as provas que haviam sido recolhidas contra si. A acrescentar a este facto, a acusação e o julgamento estavam concentrados na mesma entidade.

De entre os direitos concedidos ao arguido em processo penal, salientamos o direito ao silêncio, enquanto direito que nos propomos tratar. Com efeito, ao arguido deixou de ser exigida a palavra, podendo o mesmo remeter-se ao silêncio, sem que essa decisão permita concluir que o arguido esteja a confessar o crime. Nesta conformidade, a condenação do arguido não pode basear-se no pressuposto que este admite os factos que lhe são imputados, porque se remeteu ao silêncio.²

¹ CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 522.

² Em conformidade com o TRC, “[o] privilégio contra a autoincriminação 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 (v.g. documentais) 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” (sublinhado nosso), cf. Ac. do TRC, de 23 de outubro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 144/12.6JALRA.C1. Disponível em www.dgsi.pt, consultado dia 20/02/2017, pelas 14h50.

Destarte, no âmbito do nosso estudo, temos objetivamente em vista o direito ao silêncio, enquanto elemento específico do direito à não autoincriminação, direito este que assume outros contornos.

No entanto, enquanto que para a Pessoa Humana arguida, a invocação do referido direito de defesa é (atualmente) pacífica,³ bem como são genericamente aceites os respetivos moldes de aplicabilidade, já para a pessoa coletiva, mera ficção criada através do alargamento do conceito de ‘Pessoa Humana’, o mesmo não acontece com idêntica clareza. Por um lado, a Pessoa Humana adquire personalidade jurídica com o nascimento completo e com vida,⁴ sendo, desde logo, sujeito de direitos e obrigações. Por outro lado, a pessoa coletiva não nasce nem se constitui de forma inata, ainda que não deixe de ser, do mesmo modo, um sujeito de direitos e de obrigações.⁵

Nesta senda, necessário para que seja atribuída personalidade jurídica às pessoas coletivas, nomeadamente às sociedades comerciais (e civis de tipo comercial), é a formação do “substrato societário (composto pelos elementos pessoal – um ou mais sujeitos –; patrimonial – resultante da obrigação ou obrigações de entrada –; e teleológico – propósito de desenvolver determinada atividade económica para, em regra, atribuir ao(s) sócio(s) os correspondentes lucros) e cumpridos outros requisitos (designadamente, a forma especial e o registo definitivo do ato constituinte)”.⁶

Ora, o registo definitivo do ato constituinte⁷ vem determinar a atribuição da personalidade jurídica às sociedades,⁸ “não podendo estas ser invocadas tanto nas

³ Veja-se, neste sentido, o Ac. do TC n.º 340/2013, de 17 de junho, proferido no âmbito do processo n.º 817/12: “[o] direito ao silêncio tem vindo a ser reconhecido pela legislação processual penal da maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito modernos, encontrando também consagração expressa em instrumentos jurídicos internacionais (cfr. art. 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 14.º, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, da ONU).” Disponível em www.pgdlisboa.pt, consultado dia 01/03/2017, pelas 16h00.

⁴ Nos termos do n.º 1, do artigo 66º, do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro, na sua versão mais recente, dada pela Lei n.º 43/2017, de 14 de junho.

⁵ **ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE**, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Almedina Editora, 4ª edição, 2013, pág. 165. Expressando a ideia que pretendemos transmitir “[e] sem a carga ético-axiológica que a personalidade das pessoas humanas ou singulares encerra – é por isso ajustado dizer-se que, enquanto esta personalidade nos aparece em boa medida como do “dado”, já a personalidade coletiva é do “construído”.

⁶ **ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE**, *Curso de Direito Comercial...*, *Op. Cit.*, pág. 161.

⁷ De acordo com o disposto no artigo 19.º, do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, na redação que lhe é dada pela Lei n.º 15/2017, de 30 de maio, com o registo definitivo do ato constituinte, a sociedade “assume de pleno direito: a) [o]s direitos e obrigações

relações sociais internas como nas relações externas antes de efetuado o registo definitivo do ato constituinte”.⁹

A pessoa coletiva assume, assim, essencialmente, a função de prossecução de interesses coletivos (associações) ou de fins institucionalizados (fundações) e é-lhe, em resultado disso, atribuída a qualidade de centro autónomo de direitos e de obrigações.

Conforme ensina FARIA COSTA, “[a] possibilidade de se imputarem factos, juridicamente relevantes, à pessoa coletiva reduz a complexidade [...] e aumenta [...] o grau de eficiência e fluidez sistemática de todo o ordenamento jurídico”.¹⁰

Com efeito, “deixar impune a pessoa coletiva significaria abandonar o princípio de que a punição deve tendencialmente anular os proveitos resultantes da prática da infração, ou, até, penalizar quem os obtenha, e esse desiderato só será integralmente alcançado com a responsabilização da pessoa coletiva, além dos seus órgãos, representantes ou agentes individuais”.¹¹ Punir ou responsabilizar apenas as pessoas humanas levaria ao aparecimento de administradores falsos (os chamados ‘testas de ferro’), que se prontificavam a assumir os riscos de uma atividade delituosa do ente coletivo.

decorrentes dos negócios jurídicos referidos no artigo 16.º, n.º1; b) [o]s direitos e obrigações resultantes da exploração normal de um estabelecimento que constitua objeto de uma entrada em espécie ou que tenha sido adquirido por conta da sociedade, no cumprimento de estipulação do contrato social; c) [o]s direitos e obrigações emergentes de negócios jurídicos concluídos antes do ato de constituição e que neste sejam especificados e expressamente ratificados; d) [o]s direitos e obrigações decorrentes de negócios jurídicos celebrados pelos gerentes ou administradores ao abrigo de autorização dada por todos os sócios no ato de constituição.”

⁸ Cf. Artigo 5.º, do CSC: “[a]s sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras.” Apesar da citada norma, que parece conferir apenas a personalidade jurídica (plena) aquando do registo definitivo do ato constituinte, alguns autores consideram que existe personalidade jurídica (ao menos parcelar) antes do registo, cf. **ASCENSÃO, JORGE OLIVEIRA**, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. IV, Almedina Editora, Coimbra, 1993, pág. 170. Tanto que, por exemplo, o n.º 1, do artigo 7.º do RGIT lhes atribui responsabilidade penal e contraordenacional, nos seguintes termos: “[a]s pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infrações previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse coletivo”. A imputabilidade penal não depende, assim, da personalidade jurídica.

⁹ **ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE**, *Curso de Direito Comercial...*, *Op. Cit.*, pág. 136.

¹⁰ **COSTA, JOSÉ DE FARIA**, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2.º (1999), págs. 537.

¹¹ **BRAVO, JORGE DOS REIS**, *Direito Penal de Entes Coletivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008, pág. 65.

Não obstante, coartar determinados direitos (como, no caso específico deste estudo, o direito ao silêncio das pessoas coletivas) que, à partida e por dedução lógica (considerando o quadro normativo constitucional português – visto como um todo), deviam já estar devidamente densificados, parece-nos, no limite, corresponder a uma inconstitucionalidade por omissão.¹²

A escolha do tema, para o presente ensaio, resultou precisamente de uma preocupação emergente da crescente utilização das pessoas jurídicas coletivas para prossecução de interesses comuns ou de fins institucionalizados, o que, muitas vezes, resulta na prática de ilícitos suscetíveis de responsabilização penal (ou, pelo menos, contraordenacional) da própria entidade coletiva.¹³

Com efeito, uma das mais importantes alterações do Código Penal foi o alargamento da previsão de ilícitos – no sentido de dar cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico –, os quais passaram a constituir motivo de responsabilidade criminal das pessoas coletivas.¹⁴ Não obstante, a verdade é que esta mesma alteração legislativa veio desacompanhada de regulação de questões, de elevada importância, ao nível da representação da pessoa coletiva em juízo.

Com o aumento do tipo de ilícitos previstos que implicam a responsabilização criminal das pessoas coletivas, aumentaram, conseqüentemente, os casos em que as mesmas têm de ser constituídas arguidas no processo.¹⁵ Assim, a constituição da pessoa coletiva como arguida tem consequências ao nível do exercício de determinados direitos

¹² Cf. n.º 1, do artigo 283.º, da CRP.

¹³ A título de curiosidade, os romanistas SAVIGNY e GIERKE negam que a responsabilidade penal coletiva existisse no seio do Direito Romano, *apud*, **TORRÃO, FERNANDO**, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e coletiva nos “crimes de empresa”*, Almedina Editora, Coimbra, 2010, pág. 24.

¹⁴ Veja-se as alterações constantes do artigo 11.º, do Código Penal, nos termos da Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, que procedeu a diversas alterações em leis penais no âmbito do combate à corrupção, dando-se assim cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal, pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção (GRECO), pela ONU e pela OCDE.

¹⁵ Exclui-se a aplicação, às pessoas coletivas, da alínea c), do n.º 1, do artigo 58.º, do CPP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 27 de fevereiro e alterado, pela última vez, pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em virtude da natureza incorpórea de tais entidades.

processuais, nomeadamente a invocação do direito objeto deste estudo, ou seja, do direito ao silêncio.

Neste âmbito, diretamente relacionados com esta questão, têm surgido alguns entendimentos divergentes relativamente ao exercício do direito ao silêncio pela pessoa coletiva arguida. Estas divergências decorrem da não existência de normas jurídico-processuais que, a título de exemplo, determinem em que pessoa (humana) deve a pessoa coletiva ser constituída arguida e, bem assim, quem a deverá representar nos demais atos processuais penais, designadamente no caso de representação plural dessa pessoa coletiva. Divergências que também decorrem da não especificação legal do direito ao silêncio da pessoa coletiva (com a dignidade constitucional que lhe deve ser emprestada) e dos correspondentes direitos e deveres enquanto arguida em processo penal.

Ademais, problemas também se colocam na situação de o representante da entidade coletiva, à data da prática do facto ilícito típico, não ser o mesmo que a representa à data da prática do ato processual.

Isto posto, cumpre referir que, desde que foi introduzida no nosso Ordenamento Jurídico a previsão da responsabilidade penal das pessoas coletivas,¹⁶ o CPP deveria ter sido adaptado à especial natureza destes sujeitos jurídico-penais.

Destarte, o objetivo deste estudo é o contributo para a resolução de problemas que se colocam ao nível da representação em juízo da pessoa coletiva, mais precisamente do direito a prestar declarações ou a omiti-las, e que, pela sua importância, urge regular.

Centraremos o presente ensaio nas questões da representação processual das sociedades comerciais, com especial relevância para as que exercem atividades reguladas (ou seja, atividades económicas sujeitas a poderes de regulação, de supervisão e sancionatórios das entidades reguladoras), bem como do conflito entre o direito ao silêncio da pessoa coletiva e o dever de colaboração para com estas entidades, que sobre aquelas impende.

¹⁶ O diploma de referência sobre esta temática é o Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro (em especial, o seu artigo 3º).

Assim, a presente dissertação será essencialmente constituída por três partes. A primeira será dedicada às origens do direito ao silêncio, caracterizado pela figura do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, bem como aos fundamentos constitucionais do mesmo (complementados pelas posições doutrinárias existentes na matéria). A segunda parte tratará de questões relacionadas com o dever de colaboração das entidades reguladas para com as entidades reguladoras e na realização de processos de inspeção, resultantes, *v.g.*, da suspeita da prática de um crime por parte da pessoa coletiva visada. A terceira parte será dedicada à proposta de soluções de regulação para as questões levantadas e à conclusão que se pode retirar do presente estudo.

PARTE I – ENQUADRAMENTO TEÓRICO

“Diz-me como tratas o arguido,
dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu.”

FIGUEIREDO DIAS

Capítulo I. – Origens do *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem como pressuposto que ninguém é obrigado a contribuir para a sua própria incriminação ou, dito de outro modo, o direito a não ser forçado a depor, como testemunha, contra si mesmo, em processo penal.¹⁷ É, no entendimento de PAULO DE SOUSA MENDES, “uma verdadeira prerrogativa de não autoincriminação que engloba, como seus corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova”.¹⁸

A origem deste princípio está, de acordo com a doutrina portuguesa,¹⁹ intimamente ligada à tradição anglo-saxónica, nomeadamente à passagem do processo inquisitório para o processo acusatório.

Com efeito, o arguido, enquanto vigorou o processo de natureza inquisitória, era o “instrumento da sua própria condenação”,²⁰ recaíndo, sobre o mesmo, o dever de dizer

¹⁷ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais”, in *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 3, n.º 8 jul/set, 2009, pág. 14.

¹⁸ MENDES, PAULO DE SOUSA, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número I, janeiro – março, 2010, pág. 125 e ANASTÁCIO, CATARINA, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número I, jan/mar, 2010, pág. 205.

¹⁹ V. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, pág. 450; NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Sumários de Processo Criminal* (fascículos), Coimbra, 1968, pág. 175; SÁ, LILIANA DA SILVA, “O Dever de Cooperação Versus o Direito à Não-Autoincriminação”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 27, n.º 107, jul-set, 2006, pág. 133.

a verdade, ainda que, para isso, fosse necessário recorrer à tortura, de modo a obter a confissão por parte do mesmo, em nome de um interesse superior da comunidade.²¹

Assim, verificou-se a necessidade de combater os abusos provindos do Estado,²² instituindo-se um processo de natureza acusatória, caracterizado (na esteira de FIGUEIREDO DIAS) essencialmente, por duas vertentes: “por um lado, o reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso; por outro lado, o reconhecimento do princípio da acusação, segundo o qual terá de haver uma diferenciação material entre o órgão que institui o processo e dá a acusação e o órgão que vai julgar”.²³

O arguido passou, assim, a ser visto como sujeito processual,²⁴ contribuindo para a “declaração do direito do caso concreto, através da concessão de autónomos direitos processuais, legalmente definidos, que não-de ser respeitados por todos os intervenientes do processo penal”.²⁵ No entanto, embora a consagração do direito em apreço tenha ocorrido mais tarde (genericamente a partir de 1841),²⁶ a verdade é que, desde cedo, reconheceu-se o direito ao silêncio, enquanto núcleo essencial do referido princípio.

²⁰ **DIAS, JORGE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA**, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina Editora, 2009, pág. 38.

²¹ **PINTO, LARA SOFIA**, “Privilégio Contra a Autoincriminação Versus Colaboração do Arguido”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em Processo Penal*, Coordenação **BELEZA, TEREZA PIZARRO/PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA**, Coimbra, Almedina Editora, 2011, pág. 100.

²² **RAMOS, VÂNIA COSTA**, “*Corpus Juris 2000* – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 108, out/dez, 2006, pág. 131, onde pode ler-se que “vigorava nos Tribunais da Igreja o ‘juramento *ex officio*’, em que os suspeitos de heresia tinham de prestar juramento sobre a sua inocência e, se vacilassem, significava que Deus os considerava culpados. Este sistema também chegou a ser aplicado nos tribunais comuns”.

²³ **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO**, “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1976, pág. 9.

²⁴ Neste sentido, Ac. do TC n.º 340/2013, de 17 de junho, onde poderá ler-se que: “[o] princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual”.

²⁵ PASCOAL DE MELO FREIRE, *apud*, **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO**, *Direito Processual Penal...*, *Op.Cit.*, pág. 429-430.

²⁶ **NAZARETH, J. FRANCISCO DUARTE**, *Elementos do Processo Criminal*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1886, 53.

Assim, no direito nacional, no Projeto de Código Criminal de 1789 e nas Instituições de Direito Criminal, PASCOAL DE MELO FREIRE abordou a temática do direito ao silêncio, entendendo que o réu apenas prestaria juramento caso se dispusesse a confessar voluntariamente. No seu entender, não deveria o réu ser constrangido a responder, em interrogatório, em processo criminal, sob pena de estar a confessar o crime e, neste caso, a atentar contra a própria vida. Acrescenta, ainda, o autor que o facto de o réu se remeter ao silêncio não poderia servir como confissão ou prova dos factos.²⁷

Na opinião de FRANCISCO GARRETT, “o silêncio não só não espelha arrependimento como gera quase sempre no subconsciente do juiz uma presunção da existência de culpa”.²⁸

Também, a Novíssima Reforma Judiciária de 1841 acolheu, em termos genéricos, o direito ao silêncio, fruto da discussão entre a jurisprudência e a doutrina, em torno das declarações do arguido. DUARTE NAZARETH²⁹ chama a atenção para o facto do réu ser submetido a torturas para responder às perguntas realizadas.

Esta prática foi, no entanto, entrando em desuso, estabelecendo-se, no § 2, da Lei de 6 de março de 1790, que, se o arguido se recusasse a responder, era esse facto tido por confissão, sendo a recusa redigida em auto para posterior apreciação pelo júri, embora não fosse condição necessária para a condenação.³⁰

Contudo, ainda que o direito ao silêncio já tivesse sido alvo de chamadas de atenção, como supra exposto, pela doutrina portuguesa, a sua primeira consagração legal só viria a ocorrer mais tarde. Com efeito, na sequência do movimento revolucionário que colocou termo à monarquia constitucional instaurada em Portugal, desde 1820, e com a Implantação da República, a 5 de outubro de 1910, a legislação passaria a consagrar os novos direitos de liberdade e cidadania. Assim, com o Decreto

²⁷ DIAS, AUGUSTO SILVA, “O Direito à não autoinculpação no âmbito das contraordenações do CVM”, in *Revista de Concorrência e de Regulação*, Coimbra, Ano I, n.º 1, 2010, pág. 243.

²⁸ GARRETT, FRANCISCO DE ALMEIDA, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007, pág. 37.

²⁹ NAZARETH, J. FRANCISCO DUARTE, *Elementos do Processo...*, *Op. Cit.*, pág. 54.

³⁰ GONÇALVES, MAIA, *Código de Processo Penal anotado e comentado*, Almedina Editora, Coimbra, 2009, anotação aos artigos 174.º e 256.º, pág. 45 e 60.

de 28 de dezembro de 1910,³¹ o réu deixou de ter de responder, em audiência de julgamento, com exceção das perguntas relativas à sua identificação pessoal, tendo o juiz o dever de o informar expressamente acerca deste direito e o interrogatório era realizado com a finalidade do exercício do direito de defesa e não de comprovação da acusação.³²

O Código de Processo Penal de 1929,³³ que vigorou até 1987, atravessando todo o período da Primeira República e do Estado Novo, consagrou igualmente o direito ao silêncio, exceto no que diz respeito à identidade e aos antecedentes criminais, aos quais o arguido deveria responder “com verdade”.³⁴

Ao contrário do que ocorria na Novíssima Reforma Judiciária, o Código de Processo Penal de 1929 apenas estabelecia a obrigação de informar o arguido do direito ao silêncio no julgamento, pelo que, embora o arguido pudesse remeter-se ao silêncio no primeiro interrogatório e no julgamento, nada impedia a utilização de uma confissão prévia como prova contra si, mesmo que tivesse sido obtida com desrespeito pelos seus direitos fundamentais.³⁵ A obrigação de informar o arguido sobre o seu direito ao silêncio foi estendida para as fases anteriores ao julgamento, em 1972. Quanto à natureza do interrogatório realizado ao arguido, este tinha como finalidade a obtenção de prova e a defesa.

Além disso, o direito ao silêncio era tido como não arrependimento do réu, ou mesmo como índice de culpabilidade ou de confissão.³⁶ Acresce ainda que as decisões jurisdicionais não estavam sujeitas a fundamentação, pelo que, ainda que o silêncio do

³¹ Artigo 8.º, do Decreto de 28 de dezembro de 1910, cf. **DIAS, AUGUSTO SILVA/RAMOS, VÂNIA COSTA**, “O Direito à não Autoinculpação (*Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*) no Processo Penal e Contraordenacional Português”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 10.

³² **MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C.**, “O Direito à não autoincriminação..., *Op. Cit.*, pág. 17.

³³ Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929.

³⁴ Cf. artigo 280.º, do Código de Processo Penal de 1929, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16.489, de 15 de fevereiro, onde poderia ler-se que: “os arguidos serão perguntados pelos seus nomes, estado, profissão, idade, naturalidade, filiação, última residência, se já estiveram alguma vez presos, quando e porquê, se foram ou não condenados e em que pena. A falta de resposta a estas perguntas fará incorrer os arguidos na pena de desobediência, e a sua falsidade na pena de falsas declarações.”

³⁵ Acontecia, durante o período da ditadura, no hiato de tempo entre a efetiva acusação e a sua prévia investigação. Todavia, a confissão não era, por si só, suficiente para a condenação do réu, conforme o artigo 174º, do CPP de 1929. Eram exigidos outros meios de prova.

³⁶ Cf. **DIAS, AUGUSTO SILVA/RAMOS, VÂNIA COSTA**, “O Direito à não Autoinculpação..., *Op. Cit.*, pág. 12.

arguido tivesse sido efetivamente valorado, não se conseguia retirar da decisão uma tal conclusão.

Assim, ainda que, em abstrato, se verificasse uma evolução do direito ao silêncio, no sentido da sua consagração e respeito, em concreto e na prática, não existia uma realização efetiva do mesmo.

Finalmente, com o Código de Processo Penal de 1987,³⁷ em boa parte fruto da Revolução do 25 de Abril de 1974 e a conseqüente entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, o direito ao silêncio é consagrado e tornado efetivo.

Assim, proíbe-se a valoração negativa do direito ao silêncio nas vertentes de proibição de utilização de declarações do arguido anteriores à audiência de julgamento, bem como da proibição de valoração de provas obtidas em detrimento daquele direito.

Além disso, numa tentativa de controlo das decisões judiciais, exige-se a fundamentação das mesmas. O arguido deixa, assim, de constituir “o instrumento da sua própria incriminação”, para passar a ser sujeito processual, característica essencial da estrutura acusatória do processo e do Estado de Direito Democrático.

Nesta conformidade, o arguido apenas está obrigado a responder com verdade às perguntas relativas à sua identidade. As questões relacionadas com os antecedentes criminais viriam, mais tarde, a ser declaradas inconstitucionais, no sentido de que poderiam condicionar a formação da convicção do juiz, conforme entendimento do Tribunal Constitucional, que considerou inconstitucional o n.º 2, do artigo 342.º do CPP, por entender que “a imputação ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formuladas no início da audiência de julgamento, viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”.³⁸

³⁷ Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

³⁸ No Ac. do TC n.º 695/95, de 5 de dezembro. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt, consultado dia 23/04/2017, pelas 17h00.

1. Fundamentos Constitucionais

Apesar de bastante discutido na doutrina e jurisprudência, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (abreviadamente, *nemo tenetur*) não é consagrado, expressamente, na Constituição da República Portuguesa, aparecendo apenas a sua referência no Código de Processo Penal.³⁹

No entanto, a doutrina e a jurisprudência portuguesas reconhecem, de forma pacífica, a sua natureza constitucional implícita, pese embora a não consagração expressa do instituto do *nemo tenetur*.⁴⁰

Acerca dos fundamentos constitucionais, essencialmente poderemos destacar dois: um primeiro de natureza material e um segundo de natureza processual.⁴¹

1.1. Fundamento material

A doutrina, que defende o caráter material do princípio *nemo tenetur*, estabelece uma relação intrínseca com a dignidade da Pessoa Humana, proclamada no artigo 1.º, da

³⁹ Nomeadamente na alínea *d*), do n.º 1, do artigo 61.º; no n.º 2, do artigo 132.º; na alínea *a*), do n.º 4, do artigo 141.º; e no n.º 1, do artigo 343.º, na figura do direito ao silêncio. Para uma melhor clarificação do presente estudo e a título de exemplo, passamos a transcrever o n.º 1, do Artigo 61.º, do CPP: “[o] arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, dos direitos de: *d*) [n]ão responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”; o n.º 2, do artigo 132.º, “[a] testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização criminal”; o n.º 4, do artigo 141.º, “[s]eguidamente o juiz informa o arguido: *a*) [d]os direitos referidos no n.º 1, do artigo 61.º, explicando-lhos se isso for necessário”; e o n.º 1, do artigo 343.º, “[o] presidente informa o arguido de que tem o direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal esteja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”.

⁴⁰ Neste sentido, **RAMOS, VÂNIA COSTA**, “*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte II, in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, n.º 109, jan/mar, 2007, pág. 59; **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA**, “Supervisão..., *Op. Cit.*, pág. 39; e **ANDRADE, MANUEL DA COSTA**, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2013, pág. 125. E, também neste sentido, Ac. do TC n.º 155/2007, de 2 de março, proferido no âmbito do processo n.º 695/07: “[e]m primeiro lugar, é inquestionável que o citado princípio tem consagração constitucional, conforme resulta da jurisprudência deste Tribunal (cfr., por exemplo, os acórdãos 695/95, 542/97, 304/2004 e 181/2005)”. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, consultado dia 06/03/2017, pelas 17h55.

⁴¹ **RAMOS, VÂNIA COSTA**, “*Corpus Juris 2000...* (RMP n.º 109), *Op. Cit.*, pág. 58, afirma: “um direito que emana diretamente da dignidade da pessoa humana não será passível de sofrer as mesmas restrições que um direito decorrente de garantias processuais. Enquanto o primeiro será um direito de natureza tendencialmente absoluta, já o direito fundado em garantias processuais poderá ser sujeito a certas limitações”.

CRP de 1976. Com efeito, a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, repousando na conceção que faz da pessoa, fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pilar fundamental de um Estado de Direito Democrático, a dignidade da Pessoa Humana confere ao arguido a qualidade de verdadeiro sujeito processual. Intrínsecos à qualidade de sujeito processual e à natureza acusatória do processo, encontram-se os direitos e deveres do mesmo, de entre os quais o direito ao silêncio. Contudo, o equilíbrio entre as garantias fundamentais de defesa do arguido e a descoberta da verdade material torna-se um desafio constante para os ordenamentos jurídicos, na medida em que, muitas vezes, o direito ao silêncio e o interesse público na realização da justiça entram em conflito.⁴²

1.2. Fundamento processual

Já a doutrina, que atribui natureza processual ao direito ao silêncio, configura-o como proteção jurídica da estrutura acusatória⁴³ do processo e das garantias de defesa,⁴⁴ bem como do princípio do processo equitativo, consagrado no n.º 4, do artigo 20.º, da Lei Fundamental.⁴⁵ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS defende que “não há verdade material onde não tenha sido dada ao arguido a mais ampla e efetiva possibilidade de se

⁴² Cf. Ac. do TC n.º 155/2007, de 2 de março, proferido no âmbito do processo n.º 695/07: “[n]ão é, portanto, o reconhecimento da consagração constitucional do princípio que suscita dificuldades, mas sim, como reconhece COSTA ANDRADE (cfr. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 127), a definição da sua compreensão e alcance”. E, aqui, como reconhece este autor, as dificuldades aumentam à medida que nos aproximamos da “zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objeto de medidas de coação ou de meios de prova. Nesta zona cinzenta deparam-se, não raramente, situações em que não é fácil decidir: quando se está ainda no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coativamente impostos; ou quando, inversamente, se invade já o campo da inadmissível autoincriminação coerciva”. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, consultado dia 07/03/2017, pelas 14h30.

⁴³ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 16, ensinam: “o direito à não autoincriminação integra uma opção consciente de rejeição da estrutura inquisitorial do processo, estrutura essa que dava ampla margem à interrogação do arguido e à tentativa do uso de meios de pressão e de tortura física e psicológica, em ordem a obter ou forçar a confissão”.

⁴⁴ PALMA, MARIA FERNANDA, “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 60, out/dez, Ano 15, 1994, pág. 109.

⁴⁵ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal...*, *Op.Cit.*, pág. 429; ANTUNES, MARIA JOÃO, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, in *Sub Judice*, nº4, 1992, pág. 96.

defender da suspeita que sobre ele pesa”.⁴⁶ Além disso, acrescenta ainda que “todos os actos processuais deverão ser expressão da sua livre personalidade”, ou seja, as medidas coactivas e probatórias que recaiam sobre o arguido não podem ser destinados à intrusão de declarações incriminatórias ou a qualquer outra forma de auto-incriminação.⁴⁷

Analisadas as duas correntes doutrinárias, supra referidas, entendemos que o instituto do *nemo tenetur* assume carácter processual, uma vez que, na esteira de FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o próprio conceito de dignidade humana recobre de forma mediata toda a matéria penal e processual penal de um Estado de Direito” e, portanto, nessa medida, devem procurar-se os fundamentos jurídico-constitucionais, do princípio em apreço, noutros direitos que não apenas aquele.⁴⁸

Face ao exposto, o princípio *nemo tenetur* e o direito ao silêncio, enquanto expressão essencial do mesmo, têm, como fundamento jurídico-constitucional, “as garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional”.⁴⁹

No entanto, dentro da corrente processualista seguida pela maioria da doutrina portuguesa, existem algumas divergências que importa referir.

Assim, PAULO DE SOUSA MENDES ensina que o princípio *nemo tenetur* assenta na estrutura acusatória do processo, bem como nas garantias de defesa do arguido, enquanto verdadeiro sujeito processual e não instrumento da própria condenação.⁵⁰ No entanto, para outra parte da doutrina, como para VÂNIA COSTA RAMOS,⁵¹ o princípio referido decorre do princípio do processo equitativo.⁵²

⁴⁶ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal...*, *Op. Cit.*, pág. 429.

⁴⁷ IDEM, pág. 430.

⁴⁸ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO /ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Supervisão...”, *Op. Cit.*, pág. 63.

⁴⁹ IDEM, pág. 40.

⁵⁰ MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Dever de Colaboração e as Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência”, *in Julgar*, N.º 9, set-dez, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 819.

⁵¹ RAMOS, VÂNIA COSTA, “*Corpus Juris 2000...* (RMP n.º 109), *Op. Cit.*, pág. 69 a 72.

⁵² Regulado no n.º 1, do artigo 6.º, da CEDH, e no n.º 4, do artigo 20.º, da CRP.

Chamado ainda à colação por outros autores, é também o princípio da presunção da inocência⁵³ regulado na Constituição, enquanto direito fundamental do arguido, expressão do Estado de Direito Democrático. Segundo o princípio em análise, o arguido não deve contribuir para a sua incriminação, até porque, estabelecendo o princípio da presunção da inocência uma presunção legal, ocorre a inversão do ónus da prova, com todas as implicações legais subjacentes. Ou seja, o ónus recai para o Estado, que tem de provar que o arguido é o autor do facto ilícito típico.⁵⁴

Cumprir ter em conta que, como todo e qualquer direito, o direito ao silêncio não é absoluto, pelo que, de acordo com os critérios de proporcionalidade,⁵⁵ conhece uma limitação em matéria de identificação pessoal, nos moldes atrás descritos. Com efeito, a restrição do direito ao silêncio impõe-se nos casos em que a mesma se revele adequada à realização da finalidade constitucional da boa administração da justiça e do combate à criminalidade (desde que não importe a coartação do núcleo intangível do direito em causa),⁵⁶ até porque o direito ao silêncio não pretende constituir um obstáculo intransponível à realização da justiça, sancionando a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado.⁵⁷

2. Fundamento Jurídico-internacional

Além dos fundamentos constitucionais descritos, pode considerar-se que o direito à não autoincriminação tem, hoje, um fundamento jurídico-internacional.⁵⁸

Com efeito, o citado princípio encontra-se referenciado, ainda que de modo indireto, na CEDH⁵⁹ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.⁶⁰

⁵³ Cf. n.º 2, artigo 32.º, da CRP, e proclamado, também, em diplomas internacionais como a CEDH (cf. n.º 2, do artigo 6º) e a DUDH (cf. n.º 1, do artigo 11º).

⁵⁴ **SÁ, LILIANA DA SILVA**, “O Dever de Cooperação...”, *Op. Cit.*, pág. 133.

⁵⁵ Previstos no n.º 2, do artigo 18.º, da CRP.

⁵⁶ **MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C.**, “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 15.

⁵⁷ **IDEM**, pág. 17. Acerca da possibilidade de restrição do direito ao silêncio, com fundamento, essencialmente, na finalidade constitucional da boa administração e da justiça, poderemos, desde já, manifestar o nosso desacordo, sem prejuízo das considerações que iremos expor infra.

⁵⁸ **IDEM**, pág. 15.

⁵⁹ Cf. artigo 6.º, da CEDH: “[q]ualquer 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.”

O direito à não autoincriminação assume, hoje, caráter de direito humano fundamental, porquanto expressa o princípio básico de que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio e assume especial relevância no que concerne o processo sancionatório, resultante de um processo penal.⁶¹

O direito ao silêncio e à não autoincriminação têm assumido posição central em muitas das decisões do TEDH, enquanto “supertribunal constitucional europeu em matéria de direitos humanos”.⁶² A este título, recorde-se que é possível a revisão, pelo TEDH,⁶³ de uma sentença transitada em julgado, sempre que a mesma for inconciliável com uma decisão desse tribunal, ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça.

Capítulo II. – Titularidade de direitos fundamentais

1. Pela Pessoa Humana

Indiscutível é a questão da titularidade de direitos fundamentais pela Pessoa Humana, porquanto, reflexo do regime saído da Revolução de 1974, “[o] sistema português de proteção constitucional dos direitos fundamentais assenta numa forte ambição garantística, porventura sem paralelo em qualquer outro sistema constitucional”.⁶⁴

Com efeito, na conceção de DWORKIN, os direitos fundamentais constituem trunfos que os indivíduos possuem, “designadamente, contra pretensões estatais de impor ao indivíduo restrições da sua livre autodeterminação, em nome de conceções de vida alheias e que, por razões utilitárias ou por beneficiarem de um apoio maioritário, o Estado considere como merecedoras de superior consideração”.⁶⁵

⁶⁰ Cf. artigo 14º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

⁶¹ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 15.

⁶² IDEM, pág. 31.

⁶³ Cf. alínea g), do n.º 1, do artigo 449.º, do CPP.

⁶⁴ NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 239.

⁶⁵ DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, pág. 194 e 269, *apud* NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, *Op. Cit.*, pág. 239.

Face ao exposto, sendo a Pessoa Humana destinatária dos direitos fundamentais consagrados na CRP, conclui-se que não existe qualquer razão para que ao arguido não fosse reconhecida legitimidade para invocar o direito ao silêncio, no âmbito de um processo criminal que corra contra si, enquanto direito constitucional implícito.

Assim, no que ao procedimento diz respeito, depois de solicitada a constituição como arguido,⁶⁶ recai sobre a autoridade judiciária ou sobre o órgão de polícia criminal⁶⁷ o dever de informar o arguido, “antes de qualquer interrogatório, de que goza do direito ao silêncio (al. *a*), do n.º 4 do artigo 141.º; n.º 2 do artigo 143.º; n.º 1 do artigo 144.º; e n.º 1 do artigo 343.º, todos do CPP), devendo também ser esclarecido de que o seu silêncio não pode ser interpretado desfavoravelmente aos seus interesses, não podendo, por isso, o arguido ser prejudicado por ter exercitado o seu direito a não prestar quaisquer declarações (o silêncio não pode ser interpretado como presunção de culpa)”, conforme entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional.⁶⁸

No entanto, também as testemunhas gozam de legitimidade para invocar o direito ao silêncio,⁶⁹ quando da resposta às perguntas efetuadas, no decorrer de inquérito judicial, possa resultar a sua própria responsabilização penal.⁷⁰

Nessa sequência, “aos sujeitos, não arguidos, indicados como testemunhas, a quem possa vir a ser imputada a prática de crime no âmbito do processo, restam duas alternativas: ou requerem a sua constituição como arguido, beneficiando, assim, do impedimento previsto na alínea *a*), do n.º 1, do artigo 133.º, do CPP, [direito ao silêncio *qua tale*] ou se a recusam a responder a determinada pergunta com fundamento de que da sua resposta poderá resultar a sua responsabilização penal, nos termos do artigo n.º 2 do artigo 132.º, do CPP”.⁷¹

⁶⁶ Cf. n.º 2, do artigo 59.º, do CPP.

⁶⁷ Cf. n.º 2, do artigo 58.º, do CPP.

⁶⁸ Cf. nota de rodapé n.º 38.

⁶⁹ Cf. previsto no n.º 2, do artigo 132.º, do CPP.

⁷⁰ O n.º 2, do artigo 132.º, do CPP: “[a] testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”.

⁷¹ Cf. Ac. do TRL, de 26 de maio de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 104/10.1ZRCSC.L1-5. Disponível em www.dgsi.pt, consultado no dia 21/04/2017, pelas 15h55.

Por seu turno, não tem o tribunal de advertir a testemunha, ora inquirida, de que a resposta a alguma das questões poderá levar à sua responsabilização penal,⁷² cabendo apenas à testemunha a invocação do direito em causa, pelo que a prova assim obtida é válida, podendo ser valorada e em nada compromete o estabelecido na Lei Fundamental, relativamente às garantias de processo criminal.^{73/74}

Os cidadãos são, sem qualquer margem para dúvidas, titulares e destinatários de direitos fundamentais⁷⁵ e, portanto, assiste-lhes legitimidade para invocar o direito ao silêncio na medida em que aqueles são “dotados na sua essência de uma ‘fundamentalidade’ natural, enquanto expressão da caracterização do ser humano como indivíduo, membro da coletividade ou da grande família humana que representa a humanidade”.⁷⁶ Assim, se constitui, de acordo com JORGE REIS NOVAIS, “[a] preservação jurídica das esferas de autonomia individual perante o Estado”.⁷⁷ Todavia, poderá questionar-se a extensão e aplicação às pessoas coletivas dos direitos fundamentais reconhecidos às Pessoas Humanas.

2. Pelas Pessoas Coletivas

Como pode ler-se no n.º 2, do artigo 12.º, da Lei Fundamental, “as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.”

Assim, nos termos da mencionada disposição constitucional, a extensão dos direitos fundamentais às pessoas coletivas far-se-á na medida em que se se perfizerem

⁷² Nos termos do n.º 2, do artigo 132.º, do CPP.

⁷³ Cf. o n.º 8, do artigo 32.º, da CRP.

⁷⁴ Cf. Ac. do TRL, de 26 de maio de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 104/10.1ZRCSC.L1-5. Disponível em www.dgsi.pt, consultado no dia 21/04/2017, pelas 15h55.

⁷⁵ Neste sentido, **OTERO, PAULO**, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Reimpressão da edição de setembro de 2007, Almedina Editora, Coimbra, 2009, pág. 525: “a identificação do Estado de Direito como sendo um Estado de direitos fundamentais, enquanto modelo político apostado na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, mereceu já a nossa expressa adesão, sublinhando-se que se trata de um Estado baseado no homem e ao serviço do homem: o Estado de direitos fundamentais alicerça-se no respeito pela dignidade da pessoa humana, encontrando-se ao serviço da garantia da inviolabilidade dessa mesma dignidade que é inerente a cada pessoa individual e concreta.”

⁷⁶ **OTERO, PAULO**, *Instituições Políticas...*, *Op. Cit.*, pág. 527.

⁷⁷ **NOVAIS, JORGE REIS**, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 23.

duas exigências: (i) se a natureza do direito o consentir; (ii) se tal for adequado aos fins especiais que a pessoa coletiva prossegue.⁷⁸

Nesta senda, reconhecer-se “às pessoas coletivas direitos compatíveis com a sua natureza” pretende-se, não apenas que se tenha em conta a «essência» do direito fundamental concreto, mas também a «essência» da pessoa coletiva em causa”.⁷⁹

Assim, não é possível formular uma regra geral que nos possibilite saber, *a priori*, quais são os direitos que poderão ser da titularidade de pessoas coletivas, devendo o problema ser resolvido caso a caso, de acordo com os critérios supra.

No entanto, conforme ensinam JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO, a verdade é que “o facto de se tratar de uma pessoa coletiva não constitui fundamento suficiente para a privação de direitos, liberdades e garantias”.⁸⁰ Com efeito, o objetivo de proteger os cidadãos contra o poder do Estado também se justifica quando se esteja perante pessoas coletivas.

Destarte, para os mencionados autores, “as pessoas coletivas não são apenas uma abstração ou uma ficção jurídica criada pelos ordenamentos jurídicos dos Estados, nem um simples aglomerado de bens”. Elas são “um conjunto de pessoas individuais que colaboram na prossecução de finalidades comuns, [isto no caso de pessoa coletivas de tipo associativo] em muitos casos de natureza económica”, pelo que a negação de direitos de defesa a uma pessoa coletiva pode ter “um impacto negativo na vida das pessoas com ela relacionadas”,⁸¹ para além da sua (in)admissibilidade constitucional.

Ademais, continuam JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO, “as empresas, apesar da sua dimensão, podem apresentar fragilidades, em matéria de direitos de defesa, quando comparadas com uma pessoa singular.”⁸² Aqui, pretendem os autores chamar a

⁷⁸ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 124.

⁷⁹ CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição, Almedina Editora, Coimbra, 2002, pág. 30.

⁸⁰ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 39.

⁸¹ *IBIDEM*, pág. 25.

⁸² *IBIDEM*, pág. 25.

atenção para o facto de, nos processos intentados contra as pessoas coletivas, as pressões em torno das mesmas possam assumir maior intensidade, na medida em que a investigação, muitas vezes, depende de maior colaboração da pessoa coletiva.

Seguindo o mesmo entendimento, JORGE MIRANDA ensina que “os direitos fundamentais reportam-se sempre à pessoa humana, mas há bens jurídicos da pessoa que só podem ser salvaguardados no âmbito ou através de instituições (associações, grupos de qualquer natureza, instituições *stricto sensu*), dotadas de maior ou menor autonomia frente aos indivíduos que, em cada momento, as constituem. Trata-se sempre da proteção, da promoção, da realização da pessoa, mas essa realização passa, no nosso tempo, pela atribuição de direitos a determinadas instituições”.^{83/84}

Ora, conforme se pode verificar de todo o exposto, boa parte da doutrina admite a aplicação de direitos fundamentais às pessoas coletivas, posição que apoiamos.

Contudo, neste contexto, urge questionar se o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou o corolário do direito ao silêncio são aplicáveis às pessoas coletivas, no âmbito de processos sancionatórios que contra elas venham a ser instaurados.

Enquanto em alguns ordenamentos jurídicos, o princípio (*nemo tenetur*) ou, no que interessa para o presente estudo, pelo menos o direito (ao silêncio) são claramente reconhecidos, aceitando-se como natural a extensão dos direitos fundamentais, em geral, e das garantias processuais, em especial, às pessoas coletivas; noutros rejeita-se a sua aplicação.⁸⁵

⁸³ MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV*, apud Ac. TRC, de 31 de janeiro de 2006, proferido no processo n.º 3789/05, disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado a 01/08/2017, pelas 01h07.

⁸⁴ Posição contrária é sufragada por VIEIRA DE ANDRADE, para quem os direitos fundamentais são posições jurídicas subjetivas individuais ou, quando muito, direitos individuais coletivizados. Os direitos das pessoas coletivas só devem ser integrados no núcleo subjetivo dos direitos fundamentais, na medida em que sejam reconhecidos ao indivíduo «no seio das formações sociais em que se manifesta a sua personalidade» e não quando sejam direitos próprios, específicos, exclusivos das pessoas coletivas”, apud Ac. TRC, de 31 de janeiro de 2006, proferido no processo n.º 3789/05, disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado a 01/08/2017, pelas 01h08.

⁸⁵ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 18.

Assim, a recusa de aplicação é sustentada no argumento de que as pessoas coletivas são uma criação jurídica do Estado, destituídas de ‘alma’, sentimentos e pensamentos e que o direito ao silêncio é um direito pessoal.⁸⁶

Creemos que o princípio *nemo tenetur* e, em sentido mais restrito, o direito ao silêncio são aplicáveis às pessoas coletivas.⁸⁷ Com efeito, além de se encontrar expressamente prevista na Constituição a aplicabilidade às pessoas coletivas de direitos fundamentais, ainda que verificadas certas exigências conforme exposto supra, é consagrada a possibilidade da sua responsabilização penal,⁸⁸ pelo que, nessa medida, não vislumbramos como equacionar a possibilidade de se rejeitar a aplicação dos direitos que assistem ao arguido em processo penal, *rectius*, do direito aqui em análise.⁸⁹

Ademais, tendo a conta a origem do direito ao silêncio, ou seja, com a passagem do processo inquisitório para o processo acusatório, onde a construção da acusação não tinha apenas como elemento essencial as declarações ou contribuições do arguido, mas

⁸⁶ Cf. Supremo Tribunal norte-americano, no caso HALE VS. HENKEL (disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=201&invol=43>, consultado a 25/04/2017, pelas 19h00, para rejeitar a aplicação da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, às empresas. A título de clarificação, a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos é parte integrante da Carta dos Direitos dos Estados Unidos e institui garantias contra o abuso do Estado, tais como o direito ao silêncio de modo a evitar assim, a autoincriminação e, entre outros, o direito de ser julgado apenas uma vez pelos mesmos factos (vedação ao *ne bis in idem*).

⁸⁷ Aliás, conforme posição sufragada por FREDERICO DA COSTA PINTO: “se se admite que a pessoa coletiva 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 tal silêncio seja uma decisão legitimamente imputada ao ente coletivo. Assim, por exemplo, a recusa em prestar declarações por parte de um representante de uma pessoa coletiva só é processualmente legítima quando a decisão de o fazer é da pessoa coletiva, isto é, do órgão que pode formar a vontade imputável à mesma”, in PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contraordenação (parecer), in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina Editora, 2009, pág. 97.

⁸⁸ Cf. artigo 11.º, do CP.

⁸⁹ Cf. Ac. do TC n.º 656/97, de 4 de novembro de 1997, proferido no âmbito do processo n.º 126/97, onde pode ler-se que: “não havendo óbices de natureza constitucional à solução de responsabilizar criminalmente as pessoas coletivas (como se decidiu em múltiplos acórdãos do Tribunal Constitucional, nomeadamente nos acórdãos n.ºs. 212/95, 213/95 e 302/95, publicados no Diário da República, II Série, n.ºs. 144, de 24 de junho de 1995, n.º 145, de 26 do mesmo mês e ano e n.º 174, de 29 de julho de 1995, respetivamente), também não poderá sustentar-se que não sejam aplicáveis às pessoas coletivas arguidas as garantias do processo criminal que ‘sejam compatíveis com a sua natureza’ (art. 12º, n.º 2, da Constituição)”. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt, consultado dia 02/07/2017, pelas 15h30.

também outros elementos não dependentes dele, o mesmo deve subsistir sempre que exista um processo sancionatório a correr contra uma pessoa coletiva.⁹⁰

Não sufragamos, portanto, a posição de FREDERICO DA COSTA PINTO, que entende que as características dos processos contraordenacionais se devem afastar do regime dos processos penais,⁹¹ como base argumentativa para negar as mesmas prerrogativas que devem assistir ao arguido naqueloutro processo. E esta nossa posição fundamenta-se exatamente no pressuposto de que, a manter-se a possibilidade de aproveitamento indiscriminado das provas que levam à abertura de um processo sancionatório (ou, mais genericamente, a concentrar-se na mesma entidade o poder de acusar e de julgar), teremos, por um lado, um processo de índole acusatória (no quadro do processo penal) e, por outro lado, um processo de índole inquisitória (no âmbito do processo contraordenacional), o que nos parece inadmissível, por este último negar garantias fundamentais protegidas constitucionalmente, como, v.g. o direito ao silêncio.

Na esteira de FIGUEIREDO DIAS, no direito contraordenacional trata-se, ainda, “de um *direito sancionatório* e que por isso uma consistente defesa dos direitos dos arguidos impõe que sejam respeitados no essencial os princípios garantísticos que presidem ao direito penal”.⁹²

*

Feito o enquadramento geral, de modo a conseguirmos compreender a inserção do direito ao silêncio no sistema contraordenacional, penal e constitucional português, importa abordar estas questões inicialmente levantadas.

Assim e como explicitado no introito da presente dissertação, iremos centrar-nos no núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*, constituído pelo direito ao silêncio, na vertente do direito a declarar ou não declarar, uma vez que a realização de

⁹⁰ Cf. MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 18 e 27.

⁹¹ PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado...”, *Op. Cit.*, pág. 88.

⁹² DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, Coimbra Editora, 2ª Edição – Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 171.

considerações acerca de outras situações,⁹³ em que o direito em apreço é tido por se manifestar, transcenderia o objetivo do presente estudo.

⁹³ Como por exemplo a questão relativa ao dever de apresentar documentos que possam gerar a incriminação da pessoa coletiva. Com efeito, entendemos que o direito ao silêncio é uma recusa legítima a prestar declarações e não comporta qualquer outro conteúdo (nomeadamente a entrega de documentos).

PARTE II – ENQUADRAMENTO PRÁTICO

“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança,
mas a certeza do castigo.”

CESARE BECCARIA

Capítulo I. – O dever de colaboração Vs. direito ao silêncio

1. O caso das Entidades Reguladoras

Questão bastante discutida na doutrina e na jurisprudência é o conflito verificado entre os deveres de colaboração que são exigidos, por exemplo, a entidades reguladas, no âmbito do exercício de poderes de supervisão das entidades reguladoras, e o direito ao silêncio de que as primeiras são titulares, enquanto garantia constitucional que, como vimos, lhes é aplicável.

Ora, antes de mais considerações, cumpre definir o que se entende por entidades reguladoras. Assim, de acordo com PAULO DE SOUSA MENDES, estas entidades são “agências independentes de natureza pública, que dispõem de amplos poderes de atuação e podem aplicar autonomamente sanções punitivas”.⁹⁴

Desta feita, as entidades reguladoras são agências públicas que regulam, supervisionam e aplicam sanções a outras entidades, geralmente privadas, face ao perigo de desrespeito (ou efetivo desrespeito) das normas estabelecidas para o exercício da atividade destas.

⁹⁴ MENDES, PAULO DE SOUSA, “Modelos de Regulação Financeira e Direito Penal: atual discussão sobre a organização e os poderes das autoridades reguladoras dos mercados financeiros”, Conferência proferida no âmbito do *I Curso de Pós-Graduação sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal nas atividades bancária, financeira*”, 2015/2016.

Alguns exemplos de entidades reguladoras existentes na ordem jurídica portuguesa são a Autoridade da Concorrência,⁹⁵ a CMVM⁹⁶ e a ASAE.⁹⁷

Assim, conforme já referenciado, a atuação das entidades reguladoras que enunciámos seria inviável sem o recurso a deveres de colaboração⁹⁸ impostos por lei às entidades reguladas, uma vez que, não raras as vezes, a verificação do cumprimento das normas legais estabelecidas apenas é possível com o próprio contributo das mesmas.⁹⁹

Contudo, embora as entidades reguladas tenham deveres de colaboração para com as mencionadas entidades reguladoras, gozam do direito ao silêncio, no sentido de não serem obrigadas a confessar a prática de quaisquer ilícitos, devendo apenas fornecer as informações estritamente factuais que lhes forem pedidas (que não impliquem a sua responsabilização contraordenacional ou penal).¹⁰⁰

Nesta senda, a existência de deveres de colaboração, das entidades reguladas para com as entidades reguladoras, vem muitas vezes a constituir um fator de tensão com o princípio do direito ao silêncio¹⁰¹, uma vez que os deveres de colaboração são

⁹⁵ Cf. n.º 2, do artigo 1.º, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro: a Autoridade da Concorrência “tem por missão assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia do mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e o interesse dos consumidores, nos termos previstos na Lei”.

⁹⁶ A CMVM representa um meio para assegurar a eficiência, equidade, segurança e transparência do mercado dos valores mobiliários.

⁹⁷ A ASAE é a autoridade administrativa nacional especializada no âmbito da segurança alimentar e da fiscalização económica.

⁹⁸ O incumprimento dos deveres de colaboração, impostos legalmente, pode gerar responsabilidade contraordenacional ou até penal. No entanto, são “absolutamente insondáveis as razões pelas quais o legislador nuns casos enveredou por uma solução penal e noutros, materialmente equivalentes, seguiu antes uma opção contraordenacional. Se isto é sinal de uma pouco recomendável cacofonia legislativa, é também por seu turno indício de que as escolhas contraordenacionais resultarão não tanto, provavelmente, da ausência de dignidade penal, mas mais da desnecessidade de pena e de uma intenção em manter o poder sancionatório relativo às falhas de cooperação nas mãos da autoridade a quem ela deve ser prestada”, **BRANDÃO, NUNO**, “Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, Ano 24, janeiro/março, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 33.

⁹⁹ Mas aqui, temos especialmente em vista a documentação de ‘apresentação obrigatória’, v.g., registo de transações comerciais para efeitos de tributação.

¹⁰⁰ **MENDES, PAULO DE SOUSA**, “O Dever de Colaboração e as Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência”, in *Julgar*, N.º 9, set-dez, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 12.

¹⁰¹ Um dos exemplos, onde o afastamento do direito ao silêncio (no âmbito de processos sancionatórios) ocorre, fruto da consagração de deveres de colaboração das entidades visadas é na Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), (**MENDES, PAULO DE SOUSA**, “O Dever..., *Op. Cit.*, pág. 16.) Com efeito, no que diz respeito à Autoridade da Concorrência, os deveres de colaboração que as entidades

“bastas vezes contestados pelas empresas, mormente no âmbito de processos sancionatórios, nos quais alegam que assim são desrespeitadas as tradicionais garantias de defesa, com especial destaque para a prerrogativa de não autoincriminação¹⁰² fruto da aplicabilidade subsidiária das normas penais ao regime das contraordenações”.¹⁰³

Como ensina PAULO DE SOUSA MENDES, o afastamento da aplicabilidade do direito ao silêncio e do direito a não fornecer provas contra si mesmo é passível de suscitar as mais desencontradas opiniões, uma vez que “por um lado, os meios de prova muitas vezes só podem ser obtidos, como é fácil de perceber, através da colaboração – legalmente imposta – da própria empresa investigada, mas por outro lado, se a empresa gozasse do direito ao silêncio e afins, as provas adquiridas com violação desses direitos seriam nulas, não podendo ser utilizadas”.¹⁰⁴

Assim, apesar da possibilidade de invocação do direito ao silêncio, ou da não autoincriminação no seu sentido amplo, cumpre referir que, no entendimento de alguma

reguladas devem observar no âmbito de um processo vocacionadamente sancionatório, encontram-se legalmente previstos,¹⁰¹ constituindo contraordenação a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas - cf. artigo 18.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, “[n]o exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente: a) [i]nterrogar a empresa e demais pessoas envolvidas, pessoalmente ou através de representante legal, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos; b) [i]nquirir quaisquer outras pessoas, pessoalmente ou através de representantes legais, cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação; c) [p]roceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova; d) [p]roceder à selagem dos locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior; e) [r]equerer a quaisquer serviços da Administração Pública, incluindo as entidades policiais, a colaboração que se mostrar necessária ao cabal desempenho das suas funções”). Aqui, o legislador optou decididamente pela prevalência do interesse público na descoberta da verdade material e da realização da justiça contraordenacional, em detrimento da não autoincriminação, entenda-se, do direito ao silêncio, sendo o dever de colaboração obrigatório, independentemente da condição processual que o destinatário dos mesmos detenha no processo. (BRANDÃO, NUNO, “Colaboração com as Autoridades...”, *Op. Cit.*, pág. 39.) No entanto e na esteira de PAULO DE SOUSA MENDES, urge questionar se a prerrogativa em causa não tem de ser considerada uma “garantia indeclinável de qualquer espécie de direito sancionatório público, tanto mais que a Constituição sujeita os processos de contraordenação e demais processos sancionatórios às garantias do processo penal, nos termos e ao abrigo do artigo 32.º, n.º 10 da CRP?” (MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Dever...”, *Op. Cit.*, pág. 16.).

¹⁰² MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Dever...”, *Op. Cit.*, pág. 12.

¹⁰³ Cf. artigo 41.º, do Decreto-Lei 433/82 de 27 de outubro, na sua última redação, dada pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

¹⁰⁴ MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Dever...”, *Op. Cit.*, pág. 14.

jurisprudência, este corolário do princípio *nemo tenetur* não é absoluto, aliás, como já decidido em variadas decisões jurisprudenciais.

Assim, no âmbito de ilícitos de mera ordenação, pronunciou-se já o TRL,¹⁰⁵ no sentido da admissibilidade de as entidades reguladoras solicitarem informações às entidades reguladas ou supervisionadas, no âmbito de um processo de supervisão, dando clara prevalência aos deveres de colaboração.

Portanto, tendo em consideração as decisões proferidas pelo TRL, o direito ao silêncio não é absoluto, sofrendo restrições¹⁰⁶ perante o estabelecimento de deveres de colaboração.

Com efeito, ensina JORGE REIS NOVAIS que “os direitos fundamentais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, immanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação”, uma vez que, “independentemente da indiscutível forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem”¹⁰⁷ os direitos ou interesses com os quais se confrontem.

No entanto, tais restrições têm de estar expressamente previstas na lei e têm de respeitar o princípio da proporcionalidade,¹⁰⁸ por estarem em causa direitos, liberdades e garantias.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ac. do TRL de 30 de outubro de 2008, proferido no âmbito do processo n.º 2140/08-9, 9ª Secção, consultado dia 20/06/2017, pelas 15h30, e Ac. de 22 de julho de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 3839/06.0TFLSB, 3ª Secção, consultado no dia 20/06/2017, pelas 16h00. Ambos disponíveis em www.cmvm.pt.

¹⁰⁶ Neste sentido, **ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE**, *Os Direitos Fundamentais...*, *Op. Cit.*, pág. 263: “os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias, não são absolutos nem ilimitados. Não o são na sua dimensão subjetiva, porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respetivo interesse, e também porque é inevitável e sistémica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros”.

¹⁰⁷ **NOVAIS, JORGE REIS**, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, *Op. Cit.*, pág. 71.

¹⁰⁸ Cf. artigo 18.º, da CRP.

¹⁰⁹ Neste sentido, **QUEIROZ, CRISTINA**, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 271: [a]s restrições têm de ser expressamente autorizadas, de forma direta ou indireta, pela Constituição. Em qualquer caso, têm de ter a sua ‘base’ e ‘fundamento’ na Constituição. A restrição é sempre particularizada e especificada em normas e princípios constitucionais. Para além da circunstância de as restrições, constitucionalmente autorizadas, se encontrarem sujeitas ao princípio da proporcionalidade, devendo, em consequência, mostrar-se conforme aos seus três subprincípios: “idoneidade” de meios, “estrita necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”. Isto é, uma particular relação de adequação e de justiça.” Assim, veja-se, a respeito do juízo de ponderação

Algumas das situações em que o direito ao silêncio sofre limitações podem verificar-se, por exemplo, no momento da resposta, que o arguido tem de dar, às perguntas realizadas no âmbito da sua identificação;¹¹⁰ na obrigatoriedade de sujeição a determinados exames e deveres de cooperação,¹¹¹ perante algumas entidades como a Autoridade Tributária e Aduaneira e a Autoridade da Concorrência (quando temos em vista, especificamente, as pessoas coletivas).

No que ao dever de colaboração diz respeito, parece óbvio que a liberdade do sujeito processual não pode ser exercida de tal forma que ponha em causa o bom rumo do processo de supervisão, sem que, para isso, haja um fundamento bastante. Com efeito, sem a colaboração das entidades visadas, tornar-se-ia quase impossível, para uma entidade reguladora, a averiguação do cumprimento das normas legais estabelecidas.

Assim, nessa sequência, no entendimento do TRL, não será possível a invocação do direito ao silêncio e à não autoincriminação quando o sujeito investigado tenha um dever de colaboração, sem prejuízo das considerações que iremos expor infra.

2. Os Processos de Supervisão e os Processos Sancionatórios

Ainda no que concerne às entidades reguladoras e às competências das mesmas, cumpre sublinhar a distinção entre poderes de supervisão e poderes sancionatórios, no seguimento do atrás exposto.

Com efeito, a distinção entre os dois poderes revela-se de extrema importância, uma vez que tem sido bastante discutida na doutrina a possibilidade de invocação do direito ao silêncio, conforme se esteja perante poderes de supervisão ou perante poderes sancionatórios.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais...*, *Op. Cit.*, pág. 303, “[a] questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um procedimento e de um juízo de ponderação, não dos valores em si, mas das formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional)”.

¹¹⁰ Conforme previsto na alínea *b*), n.º 3, do artigo 61.º, do CPP.

¹¹¹ No confronto do direito ao silêncio com a obrigatoriedade de colaboração para com as entidades reguladoras, trata-se de uma colisão em sentido impróprio, porquanto se verifica entre um direito fundamental e um bem jurídico protegido constitucionalmente, e não entre dois direitos fundamentais (colisão essa vista, então, como colisão de direitos em sentido próprio), conforme **CANOTILHO, JOSÉ CANOTILHO, GOMES**, *Direito Constitucional...*, *Op. Cit.*, pág. 1255.

Assim, começando pela jurisprudência, o TRL veio a decidir que “supervisão e poderes sancionatórios são âmbitos distintos que deverão ser claramente demarcados”.¹¹²

No entanto, e apesar da decisão supra, a verdade é que a jurisprudência tem aceitado a comunicabilidade dos elementos de prova entre o processo de supervisão e o processo sancionatório eventualmente a instaurar com a descoberta de infrações por parte da entidade supervisionada, uma vez que a atividade de supervisão não seria eficaz sem a inerente atividade sancionatória¹¹³ e, “independentemente da natureza dos procedimentos, a informação deve circular. O que para uns é informação, para outros podem ser meios de prova incriminatórios”.¹¹⁴

Contudo, com este entendimento, o conflito entre os deveres de colaboração e o direito ao silêncio torna-se bastante preocupante, pois que a utilização de elementos de prova, recolhidos num contexto regulatório, em sede de processo sancionatório posterior, poderá comprometer a finalidade das supervisões efetuadas às entidades reguladas, isto é, de verificação do cumprimento das normais legais estabelecidas, porquanto, tendo a entidade regulada conhecimento da possibilidade da sua incriminação com base nesses elementos, irá com probabilidade prestar uma colaboração intencionalmente insuficiente.

Neste âmbito, aplicado à atividade da concorrência, tem sido entendimento na doutrina que as diligências de inspeção e auditoria, no âmbito de um processo de supervisão, são essencialmente atos de conteúdo verificativo,¹¹⁵ onde o dever de

¹¹² Cf. Ac. do TRL de 17 de abril de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, consultado no dia 30/06/2017, pelas 14h55. No entanto, o TRL tem proferido decisões contraditórias nesta matéria, uma vez que, por exemplo, no Ac. de 22 de julho de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 3839/06.0TFLSB.L1, consultado no dia 30/06/2017, pelas 15h00, o tribunal veio a defender a integração dos poderes sancionatórios no âmbito da supervisão, numa clara contradição entre a decisão de separação efetiva entre ambos os poderes, pelo que só pode concluir-se pela falta de jurisprudência uniforme. Ambos os acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹³ ALFAFAR, DIANA, “O Dever de Colaboração e o *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* no Direito Sancionatório da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, julho – dezembro, 2012, pág. 347.

¹¹⁴ V. Ac. do TCL, de 8 de maio de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 205/06.0TYLSB:72, (no âmbito do direito da concorrência), consultado dia 18/07/2017, pelas 14h00. Disponível em www.concorrenca.pt.

¹¹⁵ Nos termos acabados de referir, em termos comunitários, para a aplicação do direito ao silêncio previsto no CPP (n.º 1, do artigo 61.º) e, subsidiariamente, na CEDH (no artigo 6.º) não poderá estar em

colaboração da entidade inspecionada ou auditada tem, como contrapartida, a comunicação prévia pela entidade reguladora, dos termos em que a diligência será realizada.¹¹⁶

Assim, o poder de supervisão baseia-se, essencialmente, na verificação do cumprimento das normas legais estabelecidas pela entidade regulada, por forma a assegurar o bom funcionamento dos mercados.

Após essa verificação, “é natural, portanto, que, em caso de descoberta de irregularidades ou indícios de infrações de mera ordenação regulatória, o regulador deva emitir preferencialmente recomendações para a adoção de medidas de correção, códigos de conduta e criação de programas e sistemas de *compliance* nas empresas”.¹¹⁷

Considera PAULO DE SOUSA MENDES que, ainda assim e apesar das medidas de correção que possam ser emitidas, as provas recolhidas em resultado das ações de supervisão servem de notícia de infração, caso a ela haja lugar e, conseqüentemente, podem ser usadas em processos sancionatórios.¹¹⁸

causa “um procedimento normal de verificação de observância das normas legais pertinentes por parte do investigado”, uma vez que essa situação de averiguação do cumprimento das normas legais pela entidade regulada não se enquadra no conceito de “infração”, contida na norma em causa. Nesse caso, a obtenção das informações solicitadas pela entidade reguladora tem essencialmente um caráter de supervisão, não consubstanciando um “exercício de coação no sentido de forçar a autoincriminação” (cf. MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 40). Assim, continuam os autores, a imposição de um dever de colaboração às entidades reguladas, nestas situações, em nada coloca em causa o seu direito ao silêncio exatamente porque, *ab initio*, esta atividade da entidade reguladora tem como pressuposto “uma investigação às infrações pela entidade regulada dentro de um contexto regulatório [...] destituído de dimensões adversariais ou de antagonismo” e, por isso, “sem qualquer intenção de responsabilização ou sanção.” (cf. MACHADO, JÓNATAS E. M./ RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 39). Neste sentido, veja-se a decisão do TEDH, no caso ABAS VS. NETHERLANDS, AppNr. 27943/95, de 26 de fevereiro de 1997, onde o Tribunal distinguiu a aplicabilidade do artigo 6.º, da CEDH e, bem assim, do direito ao silêncio e à não autoincriminação, consoante a natureza do processo em causa. Nestes termos, quando esteja em causa um procedimento regulatório, apenas para verificação do cumprimento das normas legais pela entidade regulada (naquele caso, o investigado), não será de aplicar o artigo 6.º, da CEDH, mas já será de plena aplicação no caso de um procedimento sancionatório.

¹¹⁶ MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Problema da Utilização de Elementos Recolhidos em Ações de Supervisão como Meios de Prova em Processo Sancionatório”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, julho – dezembro, 2012, pág. 313.

¹¹⁷ MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Problema da Utilização de Elementos Recolhidos...”, *Op. Cit.*, pág. 313.

¹¹⁸ IDEM, pág. 313, o autor admite a utilização dos elementos recolhidos em processo de supervisão para fundamentar um processo sancionatório, apoiado na previsão do n.º 5, do artigo 31.º, do RJC.

Contudo, continua o autor, nesse caso, as entidades reguladas necessitam de ter conhecimento prévio da possibilidade de utilização dos elementos recolhidos em processo de supervisão e, mais precisamente, para que fins estes são solicitados, salvaguardando-se assim os seus direitos de defesa.¹¹⁹

Posição sufragada, no âmbito do dever de colaboração em sede tributária, por AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS é que “não se compreende que a opção de interligar o processo de fiscalização, dirigido ao apuramento e correções das situações tributárias, e o processo sancionatório, deixe o contribuinte à mercê da Administração, ao ponto de ser transformado em instrutor do próprio processo e em figura central da própria condenação”.¹²⁰

Ora, na doutrina nacional as opiniões acerca do tema divergem, pelo que podem ser indicadas três soluções:

- i) Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração;
- ii) Tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*;
- iii) Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio.

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

Segundo AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, referindo-se à Autoridade da Concorrência e à CMVM, podem ser emitidas recomendações tendentes a corrigir infrações que a entidade supervisionada possa ter cometido, mas não aceitam que seja instaurado um processo sancionatório baseado nas informações recolhidas, sejam elas documentos ou declarações verbais no cumprimento do dever de colaboração.

Assim, “a partir do momento em que surja a suspeita da comissão de uma infração relativamente a um determinado agente e a AdC ou a CMVM lhe peçam informações, documentos, etc., relacionados com a investigação em curso, devem comunicar-lhe, nos termos da alínea *a*), do n.º 1, do art. 58.º do CPP, que, a partir

¹¹⁹ **IBIDEM**, pág. 316.

¹²⁰ **DIAS, AUGUSTO SILVA/RAMOS, VÂNIA COSTA**, “O Direito à não Autoinculpação...”, *Op. Cit.*, pág. 52.

daquele momento, é constituído arguido no processo de natureza contraordenacional ou criminal, consoante o caso. Tal qualidade implica, como sublinhámos, a assunção de determinados direitos e deveres (artigos 60.º e 61.º do CPP) e, concretamente, do direito à não autoinculpação. Este deve ser compreendido no sentido exposto supra, não se limitando às declarações verbais (ou gestuais), que dão corpo ao direito ao silêncio, mas estendendo-se a outras formas de cooperação, designadamente a entrega de documentos”.¹²¹

2.2. Tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*

Para os autores que defendem a tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*, nomeadamente FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, apesar da consagração constitucional implícita do referido princípio, não se pode conceber a vigência absoluta do mesmo, admitindo, por isso, a sua restrição.

Ensinam os autores que “ao Estado liberal sucedeu um Estado intervencionista e a este um Estado regulador que, perante a incapacidade de tudo dirigir e vigiar sozinho comete aos privados a prossecução de funções registadas na agenda de um estado intervencionista. Simplesmente, dado o carácter essencial de algumas dessas funções e a sua natural propensão para serem fonte de riscos para bens fundamentais, essencialmente de natureza social ou coletiva, tornou-se necessário exercer um controlo administrativo, uma função de vigilância realizada por entidades administrativas e reguladoras”.¹²²

Assim, para os mencionados autores, a admissibilidade da restrição do princípio *nemo tenetur* e do direito ao silêncio estaria justificada no quadro do desempenho do Estado de vigilância de certas atividades económicas, bem como na obrigação de prestar informações à entidade reguladora nos termos do regime legal de supervisão.

¹²¹ DIAS, AUGUSTO SILVA/RAMOS, VÂNIA COSTA, “O Direito à não Autoinculpação..., *Op. Cit.*, pág. 76.

¹²² DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Poderes de Supervisão..., *Op. Cit.*, págs. 46-47.

Nessa sequência, consideram JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE que só assim “se garante o cumprimento do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP”, porquanto “só assim se preserva o núcleo essencial das garantias processuais, assim como o núcleo essencial das funções estaduais de controlo e vigilância necessárias ao cumprimento das tarefas fundamentais que a Constituição reconhece ao Estado”.¹²³

Admitem, assim, os autores, que os elementos de prova recolhidos em processo de supervisão ao abrigo do dever de colaboração possam ser utilizados num processo sancionatório, nomeadamente para reforço e eficácia da atividade de supervisão levada a cabo pelas entidades reguladoras, porquanto, “[n]ão se compreenderia que, em razão da matéria, a entidade a quem compete supervisionar [...] não pudesse, no âmbito dessa supervisão, processar e sancionar os ilícitos administrativos de que tomasse conhecimento”.¹²⁴

FIGUEIREDO DIAS/MANUEL COSTA ANDRADE entendem que o processo sancionatório só se inicia a partir do momento em que se confronta o suspeito com uma infração cometida, aquando da acusação e se constitui o mesmo como arguido.¹²⁵

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

Com base na incumbência prioritária do Estado de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados,¹²⁶ defende FREDERICO DA COSTA PINTO que, essencialmente, o dever de colaboração das entidades supervisionadas é o contraponto dessa obrigação estatal.

¹²³ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Poderes de Supervisão..., *Op. Cit.*, págs. 47-48.

¹²⁴ IDEM, pág. 24. Este entendimento teve acolhimento no Ac. do TC n.º 461/2011 de 21 de Dezembro, proferido no âmbito do processo n.º 366/11, consultado no dia 23/07/2017, pelas 16h30, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, onde pode ler-se que o regime garantístico no âmbito das contraordenações é menor face ao processo penal, e que estão respeitados os requisitos de restrição: existe previsão prévia em diploma legal e abstrato, 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.

¹²⁵ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Supervisão..., *Op. Cit.*, pág. 42 a 47.

¹²⁶ Cf. alínea f), do artigo 81.º, da CRP.

Para o autor, o direito ao silêncio abrange as declarações verbais ou o direito a não responder a questões, mas não abrange a entrega de elementos de carácter material, como sejam os documentos que, em cumprimento dos deveres de colaboração para com as entidades reguladoras, deverão ser entregues, ao abrigo da norma que estabelece o encargo de o arguido se sujeitar às diligências de prova.^{127/128}

Nessa ordem de ideias, entende o autor que “quando está já em curso um processo de contraordenação, deve entender-se [...] que cessa parcialmente o dever de colaboração do arguido relativamente aos factos que o possam responsabilizar, passando a ter direito ao silêncio (isto é, a não prestar declarações sobre os factos que o podem responsabilizar), por aplicação subsidiária das regras do processo penal (artigo 41.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas)”.¹²⁹

Com efeito, o autor apenas admite a invocação do direito ao silêncio no âmbito de um processo sancionatório, excluindo a sua aplicação à fase de supervisão, entendendo que “aplicar o direito ao silêncio na fase de supervisão restringe sem base legal o dever de informar a autoridade de supervisão e de lhe fornecer os elementos solicitados”.¹³⁰

Além disso, defende o autor que os mencionados elementos de carácter corpóreo (documentos) deverão ser entregues quer se esteja perante um processo de supervisão, quer se esteja perante um processo sancionatório, rejeitando, assim, qualquer invocação do direito ao silêncio ou do princípio da não autoincriminação relativamente ao pedido dos mesmos.¹³¹

¹²⁷ PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado...”, *Op. Cit.*, pág. 95.

¹²⁸ Cf. alínea *d*), do n.º 3, do artigo 61.º, do CPP.

¹²⁹ PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado...”, *Op. Cit.*, pág. 95.

¹³⁰ IDEM, pág. 101.

¹³¹ Também neste sentido, BELANDO GARÍN, BEATRIZ, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid, Civitas Editora, 2004, pág. 81.

3. Excurso – problema da concentração de poderes

Desta feita, analisada a questão do uso dos elementos probatórios recolhidos em processo de supervisão, num processo sancionatório a instaurar por parte da entidade reguladora contra a entidade regulada, surge diretamente relacionado com esta questão, o problema da concentração, na mesma entidade, dos poderes de supervisão e dos poderes sancionatórios.

Com efeito, resultado “da reformulação, ainda em curso, do papel do Estado na economia [...], as modernas autoridades independentes, editam regulamentos de carácter geral e abstrato, acompanham e inspecionam a atividade das pessoas reguladas e, por fim, aplicam coimas e sanções acessórias se detetarem infrações”.¹³²

Não estará, neste âmbito, em causa o princípio do processo justo e equitativo quando, numa mesma entidade, estão reunidos os poderes de supervisão e os poderes sancionatórios competentes para punir o ilícito típico, praticado pela entidade regulada?

Relativamente a esta questão, entende PAULO DE SOUSA MENDES que o processo justo e equitativo não será colocado em causa se se garantir o recurso de jurisdição plena das decisões da entidade reguladora detentora de ambos os poderes.¹³³

No entanto, sufragando entendimento diverso, vêm AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, a sustentar a separação efetiva dos processos como forma de salvaguardar o princípio em causa, defendendo ainda que tal não implica a multiplicação de entidades administrativas, podendo a separação efetivar-se dentro da mesma entidade, se for uma organização suficientemente complexa, permitindo que os funcionários administrativos que realizam um dos processos não venham a interferir no outro.¹³⁴

¹³² MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Problema...”, *Op. Cit.*, pág. 310.

¹³³ MENDES, PAULO DE SOUSA, “Modelos de Regulação...”, *Op. Cit.*

¹³⁴ DIAS, AUGUSTO SILVA/RAMOS, VÂNIA COSTA, “O Direito à não Autoinculpação...”, *Op. Cit.*, pág. 53 e 54.

No entanto, para DIANA ALFAFAR a separação efetiva de processos não é a melhor solução a adotar para o problema em causa, uma vez que, referindo-se, especificamente à AdC, “seria até um tanto ou quanto irreal implementá-lo, na estrutura de uma autoridade administrativa de tão reduzidos recursos humanos [...] dentro da qual a informação naturalmente que flui de forma bem célere e sem constrangimentos”.¹³⁵

Vem a autora concordar com o entendimento de FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE e com FREDERICO DA COSTA PINTO no sentido de que cabe à autoridade administrativa promover officiosamente a abertura do processo de contraordenação e, nessa conformidade, utilizar os elementos de prova anteriormente recolhidos, não sendo, no entanto, aceitável que a mesma se aproveite do dever de colaboração da entidade visada para conseguir os elementos de prova que virão mais tarde a fundamentar o processo sancionatório.¹³⁶

Por seu turno, para PAULO CÂMARA, podem ser apresentadas duas alternativas ao regime vigente, “consoante a decisão de aplicação de sanção contraordenacional fosse deferida a um tribunal ou a uma estrutura com representantes de indústria”.¹³⁷ Contudo, qualquer uma delas parece-nos discutível. A primeira, porque o regime contraordenacional foi concebido para sancionar ilícitos cuja relevância escapasse à dignidade penal. Logo, deferi-la a um tribunal seria subverter o próprio regime contraordenacional. A segunda, porque os representantes de indústria, pela própria natureza das suas funções e pela proximidade às pessoas coletivas, inerente à sua atividade, estariam numa posição que poderia ser considerada de suspeição.

¹³⁵ ALFAFAR, DIANA, “O Dever de Colaboração e o *Nemo Tenetur...*, *Op. Cit.*, pág. 366 e 367.

¹³⁶ IDEM, pág. 367. Não obstante a autora concordar com a posição sufragada pelos autores, parece divergir relativamente aos mesmos quando refere que, neste caso, estaremos perante um meio enganoso de obtenção de prova, porquanto o arguido foi persuadido a contribuir para a sua própria incriminação, sendo, por isso, aplicável o disposto no n.º 2, do artigo 126.º do CPP, bem como os n.º 8 e n.º 10, do artigo 32.º da CRP (sem prejuízo da aplicação de normas específicas, mais precisamente, o n.º 1, do artigo 13.º do RJC, e o n.º 1, do artigo 41.º do RGCO).

¹³⁷ CÂMARA, PAULO, “Regulação e Valores Mobiliários”, in *Regulação em Portugal: Novos tempos, Novo modelo?*, Almedina Editora, Coimbra, 2009, pág. 156.

4. Posição Adotada

Ora, apesar de todo o entendimento da jurisprudência e doutrina acerca da admissibilidade da utilização de elementos recolhidos em processo de supervisão para motivar a instauração de um processo sancionatório, a verdade é que as decisões que foram sendo proferidas e as opiniões que têm sido defendidas, apenas se ocupam da utilização de documentos solicitados às entidades supervisionadas, e deixam de parte a possibilidade de utilizar declarações proferidas ao abrigo do dever de colaboração, não tendo sido tratada a questão que agora se coloca.

Isto posto, e sendo o objeto deste estudo o contributo para a solução a adotar relativamente aos casos em que esteja em causa o direito ao silêncio na vertente de declarar ou não declarar (ou de prestar declarações ou omiti-las), cremos que, neste caso, o direito ao silêncio deverá ser absoluto, tanto em contexto regulatório como em contexto sancionatório, o que importa apenas que a entidade regulada proceda à entrega de documentos solicitados pela entidade reguladora.

Julgamos que as declarações autoincriminatórias, proferidas no âmbito de uma supervisão que visa identificar irregularidades ou indícios de infrações de mera ordenação regulatória (onde se pressupõe um cabal dever de colaboração), não devem servir como prova em processos sancionatórios, pendentes ou a instaurar, caso a eles haja lugar. Este tipo de atividades têm em vista a emissão de recomendações para a adoção de medidas de correção, códigos de conduta e criação de programas e sistemas de *compliance* nas empresas. Isto posto, a aceitar que tais informações (disponibilizadas pelas pessoas coletivas, nesse âmbito) ficassem sujeitas à utilização nos citados processos seria uma subversão do instituto da referida supervisão e tornaria o direito ao silêncio inoperante, além de que parece estar aqui subjacente uma regressão ao processo de estrutura inquisitória, caracterizado, essencialmente, pela condenação do arguido com base na prova por ele prestada.

Além disso, cremos que o conhecimento por parte da entidade regulada da possibilidade de utilização de provas recolhidas em procedimento regulatório no procedimento sancionatório levará, certamente, à adoção de posturas “pouco

cooperantes”, tanto mais quando a manifestação dessa intenção por parte da entidade reguladora é transmitida previamente.

E se, por um lado, já levantávamos algumas ressalvas quanto ao argumento de que “a aplicação do processo criminal enquanto Direito subsidiário tem como limite a salvaguarda do próprio regime do processo de contraordenação”¹³⁸ para se recusar assim, a aplicação do direito ao silêncio à fase de supervisão,¹³⁹ não logramos conceber como se protege a garantia constitucional do direito ao silêncio, se for possível a utilização de declarações proferidas naquela fase, que pode (por estarmos perante uma mesma entidade que tem os tais poderes de supervisão e sancionatórios) dar azo a um processo sancionatório a instaurar. Fica, pois, por demonstrar, no sentido exposto, como é que se garante o núcleo essencial de um direito fundamental (*rectius*, do direito ao silêncio) quando, com fundamento na legislação vigente (que, desde já, se reputa de constitucionalidade duvidosa),¹⁴⁰ se fere o referido núcleo. Isto posto, cabe-nos perguntar se, apesar da evolução do processo penal – que implicou a transição de um processo de índole inquisitória, para um processo de índole acusatória – não seria de esperar que, *mutatis mutandis*, o processo sancionatório refletisse tal evolução?

Neste sentido, concordamos com a posição sufragada por JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO, quando consideram que “a importação das garantias processuais penais para o processo sancionatório de mera ordenação social abrange não apenas a fase judicial do mesmo, em que se contesta judicialmente a sanção cominada

¹³⁸ PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado...”, *Op. Cit.*, pág. 88.

¹³⁹ Reiteramos a nossa posição, evidenciada na nota de rodapé n.º 93, em que, para nós, o direito ao silêncio é apenas referente à isenção de prestação de declarações verbais (ou equivalentes), pelo que a entrega de documentos a entidades reguladoras, ou no âmbito de um processo penal, nem sequer cabe no presente estudo. No sentido de que o direito ao silêncio queda-se pela permissão normativa específica de não prestar declarações verbais, PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado...”, *Op. Cit.*, pág. 95.

¹⁴⁰ Desde logo, a alínea *a*), do n.º 2, do artigo 361.º, do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, na redação atual que lhe é dada pelo Decreto-Lei n.º 77/2017, de 30 de junho, uma vez que o poder de “exigir quaisquer elementos e informações” conflitua com o direito ao silêncio (na vertente de não ter de prestar declarações que possam dar azo a incriminação). Por seu turno, o n.º 2, do artigo 364.º, do mesmo diploma (CdVM), também levanta algumas dúvidas de constitucionalidade, porque dele se depreende que, quando a pessoa coletiva está a exercer o seu dever de colaboração, pode estar, da mesma forma, a atuar em prol da sua própria incriminação (neste caso, damos especial ênfase à prestação de declarações, por ser o tema que concerne o nosso estudo), o que acaba por postergar, neste âmbito, o núcleo essencial do direito fundamental em causa.

pela autoridade administrativa competente, mas também a fase administrativa do processo”.^{141/142}

Ademais, não podemos concordar com o argumento de que “a aplicação subsidiária do Direito Processual Penal, em especial o regime legal das suas fases e atos processuais, não pode abranger o exercício de poderes de supervisão, anteriores à existência de um processo de contraordenação, sob pena de passarmos a ter apenas e só um regime do processo penal, (sublinhado nosso) em detrimento das opções do legislador”.¹⁴³

Com efeito, em causa não está a questão de passarmos a ter apenas o regime de processo penal, mas a necessidade de proteção da garantia constitucional do direito ao silêncio que não pode, em momento algum, vir a ser afetado no seu núcleo essencial.

Ademais, “[a] aproximação entre o Direito Penal e Processual Penal e o Direito contraordenacional é inquestionável, constatando-se uma tendencial equiparação entre ambos no que concerne aos respetivos regimes adjetivos, ao seu carácter sancionatório e à sua dimensão retributiva, pelo que deve fazer-se uma interpretação ampla dos princípios e direitos fundamentais relativos ao direito e processo penal – da designada constituição penal – estendendo-os ao processo contraordenacional em todas as suas fases”.¹⁴⁴

¹⁴¹ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação..., *Op. Cit.*, pág. 40.

¹⁴² Aliás, foi entendimento sufragado pelo TEDH a aplicação das garantias do artigo 6.º da CEDH, às contra-ordenações, porquanto que, apesar das referidas garantias terem primeiramente em vista o processo penal, não existe fundamento para afastar a sua aplicabilidade às contra-ordenações quando esteja em causa a sanção de condutas socialmente censuráveis, ainda que sem um desvalor penal, mediante a aplicação de sanções severas (veja-se o caso *OZTURK VS. FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY*, (Application n.º 8544/79, ECHR, 1984) cujo conteúdo se encontra disponível na *Internet*, em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H8_m6wiImtMJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-57553%26filename%3D001-57553.pdf+%&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt, consultado dia 20 /07/2017, pelas 20h00, *apud* ¹⁴² MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação..., *Op. Cit.*, pág. 41.

¹⁴³ PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado..., *Op. Cit.*, pág. 88.

¹⁴⁴ Cf. decidido no Ac. do TC n.º 461/2011, de 21 de dezembro de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 366/11, consultado no dia 25/07/2017, pelas 17h30, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Destarte, o que deve ter-se em conta é a componente substancial do que se pretende alcançar no processo contraordenacional e no processo penal e, não tanto, as características formais de cada um dos processos.

Mas, com isto, não pode aceitar-se a posição de que, a ser assim, deixa de fazer sentido a existência do processo contraordenacional, propugnada por FREDERICO DA COSTA PINTO, porquanto a dignidade associada a cada facto ilícito típico tem uma cominação repressiva associada e, conseqüentemente, uma valoração social que urge ser respeitada e ainda que possa ter sido estabelecida a possibilidade de responsabilidade penal das pessoas coletivas, tal não constitui a regra, continuando, por isso a existência daquele processo a ser necessária.^{145/146}

Além disso, conforme sublinha JORGE DOS REIS BRAVO, o processo contraordenacional não pode ser visto como um instrumento de diminuição das garantias do cidadão ante interferências punitivas do poder público de dimensão comparável às do Direito Penal.¹⁴⁷

Saliente-se ainda que “porque se trata de sanções punitivas que podem alcançar uma gravidade considerável – mesmo que não se pense no impacto económico da coima, basta saber que existem sanções acessórias tão ou mais graves do que as penas acessórias previstas no Código Penal – as garantias do processo contraordenacional (na fase administrativa e no tribunal) não podem ser muito distantes das previstas para o processo penal”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Nem é legítima uma tal questão, isto é, de desaparecimento de um regime por conta da extensão de uma garantia constitucional (do direito ao silêncio) ao mesmo. Não é a possibilidade desta extensão que apaga todo um regime vigente mas, pelo contrário, carece de estar presente, pois em ambos os regimes existe a possibilidade de uma ablação dos direitos dos acusados que cumpre salvaguardar, em face dos poderes de punição do Estado. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, este é “um razoável preço a pagar para que possa viver-se numa democracia que proteja minimamente o cidadão do arbítrio, da insegurança e dos excessos de que de outro modo inevitavelmente padeceria a intervenção do Leviathan Estadual”, in **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO**, *Direito Penal...*, *Op. Cit.*, pág.181.

¹⁴⁶ Neste sentido, **BRITO, TERESA QUINTELA**, “Responsabilidade penal de entes coletivos. (Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal)”, *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento*, coordenação de MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS e PAULO DE SOUSA MENDES, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 229.

¹⁴⁷ **BRAVO, JORGE DOS REIS**, *Direito Penal...*, *Op. Cit.*, pág. 60.

¹⁴⁸ Neste sentido, **DIAS, AUGUSTO SILVA**, “Crimes e contraordenações fiscais”, in *Direito Penal Económico e Europeu* (textos doutrinários), II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 442, e **VILELA, ALEXANDRA**, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão”*

No que concerne a questão da concentração de poderes na mesma entidade, cite-se MONTESQUIEU: “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares”.¹⁴⁹

Ora, cremos que, de facto “está tudo perdido” quando se permite que na mesma entidade estejam reunidos os poderes para instruir, investigar e punir.

Assim, sem prejuízo das considerações que iremos tecer na PARTE III do presente estudo, a verdade é que não pode existir apenas uma entidade à qual sejam atribuídos os poderes de supervisão e, simultaneamente, os poderes sancionatórios.

Nessa cadência, uma possível solução para a concentração de poderes, com as consequências daí decorrentes,¹⁵⁰ seria a criação de duas entidades independentes (uma da outra) às quais seriam atribuídas, respetivamente, os poderes de supervisão e os poderes sancionatórios.

Desenvolveremos este tema na nossa proposta de regulação.

do Direito Penal Clássico, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pág. 350, *apud* LEITE, INÊS FERREIRA, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial o direito contraordenacional”, *in Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais*, Plano de Formação contínua do Centro de Estudos Judiciários, 2013/2014, pág. 55.

¹⁴⁹ MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis* (introdução, tradução e notas de MIGUEL MORGADO), Lisboa, Edições 70, 2011, pág. 306, *apud* MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Problema da Utilização de Elementos Recolhidos...”, *Op. Cit.*, pág. 310.

¹⁵⁰ Nomeadamente, a insuficiente proteção “dos direitos das pessoas constitucionalmente garantidos face a entidades que escapem ao controlo de poderes externos”, cf. MENDES, PAULO DE SOUSA, “O Problema da Utilização de Elementos Recolhidos...”, *Op. Cit.*, pág. 310.

Capítulo II. – A representação da Pessoa Coletiva em juízo

Conforme exposto anteriormente, com o aumento da previsão de ilícitos cuja responsabilidade poderá ser imputada à pessoa coletiva,¹⁵¹ aumentaram também os casos em que a mesma poderá vir a ser constituída arguida em processo-crime.

Contudo, apesar de atualmente ser indiscutível que o ente coletivo é suscetível de responsabilização penal, existem questões ao nível substantivo e processual que não foram devidamente reguladas no CPP vigente. Assim, conforme GERMANO MARQUES DA SILVA “[n]o âmbito da legislação processual penal essas questões são esquecidas; há lacuna”.¹⁵²

Embora sejam diversas as questões colocadas nesta matéria, debruçar-nos-emos apenas relativamente àquelas que se suscitam nos casos em que a pessoa coletiva tem a qualidade processual de arguida.

Com efeito, “[o] arguido [...], deve estar pessoalmente no processo, mas em se tratando de uma pessoa coletiva, a sua presença e participação só pode fazer-se através do seu representante legal”.¹⁵³

Assim, iremos dar ênfase à questão de saber quem representa a pessoa coletiva em juízo e bem assim, no âmbito do presente estudo, quem terá legitimidade para solicitar a constituição da mesma como arguida¹⁵⁴ podendo, nessa sequência, invocar o direito ao silêncio perante questões que se revelem autoincriminatórias.

¹⁵¹ Resumidamente, por não ser esse o objeto do nosso estudo, a responsabilidade da pessoa coletiva pressupõe sempre que o facto punível a imputar ao ente coletivo tenha sido cometido pelo titular de um seu órgão, ou um seu representante, em seu nome e no seu interesse. “Condição de imputação é pois que as infrações sejam perpetradas pelos órgãos ou representantes da pessoa coletiva e o sejam em nome e no interesse da pessoa coletiva”, cf. **SILVA, GERMANO MARQUES**, “Questões Processuais na Responsabilidade cumulativa das Empresas e dos seus Gestores”, in *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 791. No âmbito contraordenacional, o mesmo autor ainda reitera: “para que uma infração seja imputada a uma pessoa coletiva tem de ser, no plano material, cometida por um órgão ou representante dessa pessoa jurídica, em seu nome e no seu interesse”.

¹⁵² **SILVA, GERMANO MARQUES**, “Questões Processuais na Responsabilidade...”, *Op. Cit.*, pág. 790.

¹⁵³ **SILVA, GERMANO MARQUES**, “Questões Processuais na Responsabilidade...”, *Op. Cit.*, pág. 795.

¹⁵⁴ Nos termos do n.º 2, do artigo 59.º do CPP.

1. Representação da Pessoa Coletiva nos termos gerais

De acordo com a norma relativa à representação das pessoas coletivas e das sociedades, ‘estas pessoas’ (em geral) são representadas por quem a lei, os estatutos, ou o pacto social designarem.¹⁵⁵

No que diz respeito às sociedades comerciais, mais precisamente as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e por quotas, consagra-se a regra de que incumbe aos gerentes¹⁵⁶ a administração e a representação da sociedade.¹⁵⁷

Quanto às sociedades anónimas e às sociedades em comandita por ações, a representação cabe ao conselho de administração, que detém exclusivos e plenos poderes no referido âmbito, apesar de outros órgãos, designadamente o conselho fiscal e o conselho geral e de supervisão, terem poderes de representação da sociedade, perante terceiros.

Assim, considerando que a pessoa coletiva arguida “deve participar pessoalmente no processo [...] por meio de representação orgânica, por quem a lei, os estatutos e o pacto social designarem”,¹⁵⁸ fácil será de compreender que, no âmbito de um processo-crime em que haja imputação do facto ilícito típico à sociedade, esta seja constituída arguida na pessoa designada.

Questiona-se, ainda nesta sede, quem irá, em caso de mudança da composição societária, representar a pessoa coletiva em juízo: se é o representante da sociedade à data da prática do ilícito típico juridicamente imputável à mesma ou se, pelo contrário, será o representante legal a quem, à data do ato processual, competir a sua representação? É o representante, assim designado, o único com legitimidade para invocar o direito ao silêncio? E os demais titulares da pessoa coletiva?

¹⁵⁵ Cf. n.º 1, do artigo 25.º, do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

¹⁵⁶ VENTURA, RAUL, *Sociedades Por Quotas*, Vol. III, Almedina Editora, Coimbra, 1991, págs. 131 e 132: “[a] gerência é, por força da lei e salvo casos excepcionais, o órgão da sociedade criado para lhe permitir atuar no comércio jurídico, criando, modificando, extinguindo, relações jurídicas com outros sujeitos de direito. Estes poderes não são restritos a algumas espécies de relações jurídicas; compreendem tantas quantas abranja a capacidade da sociedade, com a simples exceção dos casos em que as deliberações dos sócios produzam efeitos externos”.

¹⁵⁷ Cf. artigo 192.º, 252.º e 470.º, todos do CSC.

¹⁵⁸ SILVA, GERMANO MARQUES, “Questões Processuais na Responsabilidade...”, *Op. Cit.*, pág. 795.

Entende MÁRIO MEIRELES que, neste âmbito, deve proceder-se a uma distinção. Desta feita, “se a entidade coletiva, desde a data da prática dos factos até ao decurso de todo o processo criminal, não viu a sua composição societária ou coletiva alterada, então deverá ser o representante legal ou, havendo mais do que um, aquele que o órgão competente da entidade coletiva designar, sem prejuízo da possibilidade de aplicação do artigo 334.º do CPP, pelo contrário, se a entidade coletiva viu a sua composição societária ou coletiva alterada desde a prática dos factos até ao julgamento, já nada impedirá que se lhe dê a possibilidade de se fazer representar por quem entender (incluindo o seu administrador/gerente à data da prática do ilícito típico) ou mesmo somente através do seu defensor”.¹⁵⁹

Relativamente a esta questão, entende GERMANO MARQUES DA SILVA que “a pessoa coletiva deve estar representada pelo representante legal à data da prática do ato processual e não do facto que constitui o objeto do processo” porque, segundo o autor, “só eles podem manifestar a vontade da pessoa coletiva”.¹⁶⁰

Nestes termos, concordando com a posição sufragada pelo referido autor, isto é, de que o representante legal da sociedade será o representante à data da prática do ato processual e considerando que esse representante “é a vontade e a voz da pessoa coletiva”,¹⁶¹ assiste-lhe legitimidade para invocar o direito ao silêncio.

Assim, será a pessoa que representa judiciariamente a pessoa coletiva a única com legitimidade para, na sequência da realização de perguntas no âmbito do processo, invocar o direito ao silêncio, relativamente a questões que se possam revelar auto-incriminatórias? Podem os demais titulares dos órgãos da pessoa coletiva, ainda que não representem a pessoa coletiva processualmente, invocar a garantia fundamental ao silêncio?

Tomando posição, concordamos com o entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA de que deve assistir legitimidade para invocar o direito ao silêncio aos

¹⁵⁹ MEIRELES, MÁRIO, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas ou Entidades Equiparadas na Recente Alteração ao Código de Processo Penal ditada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”, *in Julgar*, n.º 5, 2008, pág. 136.

¹⁶⁰ IDEM, pág. 795.

¹⁶¹ IBIDEM, pág. 800.

titulares de órgãos do ente coletivo.¹⁶² Com efeito, se se negasse a possibilidade de invocação do direito ao silêncio a estas pessoas, atingir-se-ia o núcleo essencial do direito ao silêncio, porquanto seria possível contornar esse direito, do representante legal, através de inquirição realizada aos demais titulares dos órgãos que compõem a pessoa coletiva e que formam a sua vontade.

Questão que não encontramos referida na doutrina é a da extensão do direito ao silêncio aos dirigentes setoriais (e demais elementos que integram a pessoa coletiva). Em relação a estes, a questão que se coloca é se eles, inquiridos no âmbito de um processo de inspeção de uma autoridade reguladora (que pode implicar um processo sancionatório), devem responder às questões colocadas (mesmo aquelas que possam levar à constituição da pessoa coletiva como arguida), ou se também lhes assiste, ainda, o direito ao silêncio?

Desde logo, há que referir que, se não lhes cabe a representação da pessoa coletiva, estes só podem ser ouvidos na qualidade de testemunhas. Contudo, em atenção aos deveres destes participantes processuais,¹⁶³ na qualidade de testemunhas, estes elementos teriam de responder a todas as questões (desde que não importasse a sua responsabilização). Deste modo, a acusação teria caminho aberto para se furtar ao direito ao silêncio da pessoa coletiva (relativamente a factos que o seu representante entendesse ocultar no exercício do referido direito) e que fossem do conhecimento daqueles outros.

Nesta sequência, parece-nos lógico que, para estes elementos em especial, o direito ao silêncio deve ser estendido (relativamente a questões inerentes à pessoa coletiva), uma vez que, se assim não suceder, o núcleo essencial deste direito fundamental acaba por não ser salvaguardado, ou seja, pode verificar-se a total subversão das razões que presidiram à criação do direito ao silêncio.¹⁶⁴

¹⁶² **IBIDEM**, pág. 801.

¹⁶³ Cf. artigo 132.º, do CPP.

¹⁶⁴ Contudo, não cabe a estes elementos requerer a constituição da pessoa coletiva como arguida (nem mesmo por interpretação extensiva do n.º 2, do artigo 59.º, do CPP), porquanto este requerimento só pode ser legitimamente solicitado pelo representante legal da referida pessoa. Neste caso em particular, face à omissão de base legal, cabe regular a particular situação destes elementos da pessoa coletiva que, em seu nome, podem ser compelidos a prestar declarações, para que se evite a referida subversão do instituto do direito ao silêncio que deve assistir à pessoa coletiva, nos mesmo termos em que tal já acontece para as

Relativamente ao modo como deverá ficar salvaguardado este direito ao silêncio, em termos legislativos, remetemos para a proposta de regulação.

2. As testemunhas – em especial, os ex-administradores

Numa posição peculiar encontram-se os ex-administradores que, pese embora já tenham representado a pessoa coletiva, dela não fazem parte à data da prática do ato processual.

Ainda assim, as mais das vezes, são pessoas que dispõem de conhecimentos amplos no que à pessoa coletiva diz respeito. Não obstante, no que concerne o ato processual, a sua participação apenas pode subsumir-se à qualidade de testemunha, podendo apenas invocar o direito ao silêncio quando alegar que da resposta às perguntas realizadas resulta a sua responsabilização penal.¹⁶⁵

Questão diversa é se das respostas dadas pela testemunha, neste caso, pelo ex-administrador, resultar a responsabilidade penal ou contraordenacional da pessoa coletiva? Existe direito ao silêncio?

Creemos que não poderá o ex-administrador, tendo o estatuto processual de testemunha, abster-se a responder a questões das quais resulte a responsabilização da pessoa coletiva (penal ou contraordenacional). Tal só não sucederá, caso o ex-administrador seja demandado conjuntamente com a pessoa coletiva, caso em que, na qualidade de arguido, poderá exercer o seu direito ao silêncio.

Com efeito, desde logo, a testemunha tem o dever de colaborar com a justiça e de responder a todas as questões que não impliquem a sua responsabilização penal nos termos da lei. Portanto, no caso em análise, a pessoa coletiva não pode arrogar-se de um direito ao silêncio tão abrangente que coloque em causa as diligências requeridas aos demais participantes processuais, neste caso, os ex-administradores que outrora a representaram.

Pessoas Humanas, de acordo com o n.º 2, do artigo 132.º, do CPP, desta feita, no interesse da pessoa coletiva.

¹⁶⁵ Cf. n.º 2, do artigo 132.º, do CPP.

Nestes termos, sendo certo que o arguido (assim como o co-arguido) não pode assumir o duplo papel de investigador e investigado,¹⁶⁶ estando apenas compelido a responder com a verdade sobre a sua identidade, já a testemunha, enquanto participante necessário à realização da justiça, tem uma finalidade que ultrapassa o eventual interesse pessoal na punição do culpado, para se transformar numa tarefa da comunidade estatal.¹⁶⁷

Deste modo, ainda que assista à testemunha o direito ao silêncio, uma vez que pode eximir-se de responder às perguntas que a possam incriminar, é contudo obrigada a responder com verdade sobre os factos que sejam imputados a outrem (que não importem a sua responsabilização), o que nos leva a reconhecer a dignidade constitucional da sua participação processual e a salvaguardá-la, mesmo que possa conflitar com a defesa dos direitos fundamentais da pessoa acusada.¹⁶⁸

3. A representação plural

E se a pessoa coletiva tiver designados vários representantes, como se efetiva a invocação do direito ao silêncio? Assiste a todos eles? Ou apenas ao que, no momento em concreto, estiver a ser alvo de perguntas, mas precludindo a invocação posterior do mesmo direito por outro representante?

Na questão que agora se coloca, estamos perante uma representação plural da sociedade. Em caso de existência de representação plural da sociedade, isto é, mais do que um representante designado para o efeito, os respetivos poderes são exercidos conjuntamente, sob pena da verificação de um vício na representação da mesma.¹⁶⁹

Assim, ainda que seja necessário tomar uma decisão quanto ao representante da sociedade no processo, entende GERMANO MARQUES DA SILVA que a invocação do

¹⁶⁶ VILELA, ALEXANDRA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 121-122.

¹⁶⁷ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “Justiça penal internacional e protecção de vítimas-testemunhas por meios tecnológicos”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 21, 2002, pág. 16.

¹⁶⁸ SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 36.

¹⁶⁹ Cf. artigo 261.º, do CSC.

direito ao silêncio assiste a todos os representantes da sociedade.¹⁷⁰ Neste sentido também consideram JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO que o direito ao silêncio pode ser invocado por todas as pessoas que possam ser prejudicadas com a condenação da pessoa coletiva e, bem assim, com a subsequente condenação em multa pela prática do ilícito”,¹⁷¹ razão pela qual concluímos que o mesmo direito deve assistir a um eventual representante que tenha de ser posteriormente designado em resultado de um conflito de interesses (v.g. quando seja necessário nomear um curador *ad litem*).¹⁷²

¹⁷⁰ SILVA, GERMANO MARQUES, “Questões Processuais na Responsabilidade..., *Op. Cit.*, pág. 795.

¹⁷¹ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação..., *Op. Cit.*, 18.

¹⁷² E no caso de o representante da sociedade coincidir com o autor da prática do ato ilícito típico, tendo agido contrariamente ao interesse da sociedade? Tal situação de conflitualidade entre o representante e a sociedade ocorreu no processo n.º 653/10.1TBPMS.C1, decidido pelo TRC, no Ac. de 14 de outubro de 2014, onde pode ler-se que “[a]pesar de, perante o estatuído na matrícula da sociedade no que diz respeito à forma de obrigar a sociedade, se exigir a assinatura de dois gerentes, verifica-se nos presentes autos a impossibilidade de os representantes da ré assumirem, em conjunto, como impõe o pacto social, as funções de representação desta, na medida em que o autor da ação é um dos dois gerentes. Desde logo pela análise do objeto da presente ação se verifica que os gerentes se encontram incompatibilizados entre si, pelo que, caso se viesse a exigir a outorga da procuração por parte de ambos os gerentes estar-se-ia a coartar o direito de defesa da sociedade, que ficaria impossibilitada de se defender em juízo por falta de representação para o efeito, ficando totalmente nas mãos do gerente autor, situação que se considera inadmissível”. Disponível em www.dgsi.pt, consultado no dia 25/05/2017, pelas 16h00. Conforme é entendimento de RAUL VENTURA (VENTURA, RAUL, *Sociedades Por Quotas, Op. Cit.*, págs. 48 e 49), tudo se passa como se se tratasse de um caso de falta temporária de representação da sociedade, havendo que, nos termos do n.º 1 e 2, do artigo 253.º, do CSC, transferir os poderes de representação para os sócios para a prática de um específico ato que se pressupõe urgente e que se pode enquadrar na situação de conflito de interesses entre o representante e a sociedade demandada, cf. Ac. do TRC, de 14 de outubro de 2014, relator ARLINDO OLIVEIRA. Disponível em www.dgsi.pt, consultado dia 30/05/2017, pelas 18h00. Segundo TEIXEIRA DE SOUSA, há que distinguir, para efeitos da representação das pessoas coletivas, entre as ações dessas entidades com terceiros, caso em que são representadas por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem, nomeadamente no caso das sociedades por quotas os seus gerentes, e as ações entre a sociedade e o seu representante, caso em que se procede à nomeação de um curador *ad litem*, dada a impossibilidade ou incompatibilidade do representante, neste caso, assumir as suas funções de representação, cf. SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, Lex Editora, Lisboa, 1997, págs. 146 e 147 e, também, concordando com aquele autor, FREITAS, LEBRE DE, *Código de Processo Civil Anotado*, 1.º, Almedina Editora, Coimbra, 2014, pág. 43. Neste sentido, foi decidido, no Ac. do TRC, de 6 de dezembro de 2005, no âmbito do processo n.º 2546/05, e no Ac. do TRP, de 15 de julho de 2009, no âmbito do processo n.º 199/07.5TYVNG-B.P1. Ambos os acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt, consultados no dia 06/06/2017, pelas 19h00. Assim, a existir conflito de interesses entre o representante e a sociedade demandada, deve ser nomeado um representante especial para representar a sociedade em juízo, nos termos do artigo 25.º, do CPC, sob pena de se verificar irregularidade na representação judiciária da sociedade. “No processo civil a irregularidade de representação sana-se mediante a intervenção do representante legítimo. Se este ratificar os atos anteriormente praticados, o processo segue como se o vício não existisse; no caso contrário, fica sem efeito todo o processado posterior ao momento em que a falta se deu, ou a irregularidade foi cometida, correndo novamente os atos para a prática dos atos não ratificados, que podem ser renovados (artigo 23.º, do CPC [atual artigo 27.º, do mesmo diploma]). Será assim também no processo penal? Será esta regulamentação aplicável também no processo penal?” O mesmo autor esclarece que “[s]e o arguido estiver no processo representado por quem não tenha poderes de representação deve considerar-se que se verifica a nulidade do artigo 119.º, al. c) [do CPP]. Tratando-se de nulidade insanável, a consequência é que a irregularidade da representação não pode ser sanada nos termos em que o pode ser no processo civil.” cf. SILVA, GERMANO MARQUES, “Questões Processuais na Responsabilidade..., *Op. Cit.*, pág. 796.

PARTE III – CONTRIBUTOS PARA A DOUTRINA

“Pouco importa às pessoas saber que têm os direitos reconhecidos em princípio, se o exercício deles lhes é negado na prática.”

FRANCISCO SÁ CARNEIRO

Capítulo I. – Proposta de Regulação

De tudo o exposto, após as considerações tecidas acerca da obrigatoriedade de colaboração das entidades reguladas com as entidades reguladoras, e o direito ao silêncio das primeiras face ao pedido de elementos no âmbito de atividades de supervisão desenvolvidas pelas segundas, facilmente se verifica um conflito entre o princípio *nemo tenetur* (em sentido estrito) e o dever de colaboração.

E consideramos que existe efetivamente um conflito na medida em que, apesar de alguns autores,¹⁷³ no âmbito de poderes de supervisão, entenderem que, nesses casos, o dever de colaboração vale irrestritamente, porquanto não estamos perante um processo contra-ordenacional não sendo afectada qualquer garantia constitucional, a bem da verdade é que, nos casos em que são instaurados processos sancionatórios, para os mesmos autores “o dever de colaboração não deixa de existir, mas deixa de poder ter o alcance de obrigar o respectivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional, fornecendo material autoincriminatório”.¹⁷⁴

Ora, cumpre sublinhar que o facto de, neste último caso, o dever de colaboração não valer irrestritamente não protege a garantia constitucional implícita aqui em causa. Com efeito, se pensarmos bem, é absurdo que o ente colectivo tenha direito ao silêncio quanto a elementos que possam ser autoincriminatórios no âmbito sancionatório, quando anteriormente, no contexto regulatório, teve de fornecer esses mesmos

¹⁷³ ALFAFAR, DIANA, “O Dever de Colaboração e o *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare...*, *Op. Cit.*., pág. 369.

¹⁷⁴ IDEM, pág 369.

elementos (entenda-se, prestação de informações através de declarações) ao abrigo do dever de colaboração que, reitera-se, é irrestrito. Na verdade, poderemos considerar que este entendimento não faz qualquer ponderação entre os dois valores, uma vez que em qualquer dos casos prevalece o dever de colaboração.

No que diz respeito à questão da utilização das provas obtidas num contexto regulatório em posterior processo sancionatório, entende e aceita como constitucionalmente admissível a maioria da doutrina, conforme exposto supra, a utilização dessas provas num processo sancionatório, sem que tal venha a colocar em causa o princípio em análise.¹⁷⁵

Tomando posição, entendemos que deveria existir a previsão legal de que, tanto no âmbito regulatório, como no âmbito sancionatório, o direito ao silêncio (na vertente de declarar ou não declarar contra si mesmo) assume carácter absoluto.

Conforme tem sido entendimento na doutrina nacional e na jurisprudência comunitária¹⁷⁶, não pode conceber-se, a nível constitucional, que o dever de colaboração para com as entidades reguladoras seja levado ao extremo, ao ponto de representar uma total asfixia da garantia fundamental de invocação do direito ao silêncio, aquando da inquirição dos representantes da pessoa coletiva sobre factos que enformam a suspeita.

Creemos, assim, tal como JÓNATAS MACHADO/VERA RAPOSO, que, “se o Estado lança mão de um sistema compulsório de obtenção de informação no contexto regulatório, baseado na ameaça de sanções penais no caso de recusa a responder, não

¹⁷⁵ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação... *Op. Cit.*, pág. 26.

¹⁷⁶ Veja-se, relativamente à utilização de informações prestadas em contexto regulatório para fundamentar uma condenação penal os casos FUNKE V. FRANÇA, de 25 de Fevereiro de 1993, disponível em <http://www.juridischeuitspraken.nl/19930225EHRMFunke.pdf>, consultado dia 6/6/2017, pelas 23h00; JOHN MURRAY V. THE UNITED KINGDOM, de 8 de Fevereiro de 1996, disponível em <http://www.refworld.org/cases.COECOMMHR.402a22c44.html>, consultado dia 9/07/2017, pelas 23h50; SAUNDERS V. THE UNITED KINGDOM, de 17 de Dezembro de 1996, disponível em <http://www.refworld.org/cases.ECHR.3ae6b68010.html>, consultado dia 22/07/2017, pelas 15h00, e SERVES V. FRANCE, de 20 de Outubro de 1997, disponível em

pode, mais tarde, servir-se da informação assim obtida para garantir uma condenação penal”.¹⁷⁷

Com efeito, a considerar-se como correto o entendimento de que o dever de colaboração deve prevalecer no caso de verificação normal do cumprimento das normas legais estabelecidas, deixa de ter qualquer proteção a garantia fundamental do direito ao silêncio. Conforme explicitado, ainda que seja limitado em posterior processo sancionatório o dever de colaboração da entidade visada, a mesma já prestou, anteriormente, ao abrigo de um dever irrestrito, as informações solicitadas (informações que podem constituir um meio de prova para condenar a pessoa coletiva, em sede do referido processo, se estivermos perante entidades reguladoras que supervisionam e sancionam, em vista da permuta das referidas informações entre essas suas duas competências).

Além disso, a admissibilidade de utilização de declarações proferidas num contexto regulatório em processo penal poderá comprometer a finalidade das supervisões efetuadas às entidades reguladas, que é de verificação do cumprimento das normais legais estabelecidas (em sede de *compliance*), uma vez que, tendo a entidade regulada conhecimento da possibilidade da sua incriminação com base nessas declarações, irá naturalmente omitir os factos dos quais pode resultar a sua responsabilidade penal/contra-ordenacional e, aqui, está então criada a “zona franca de responsabilidade” que se pretende evitar.

Sufragamos o entendimento do TJCE (atualmente TJUE) quando decidiu que “a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção”,¹⁷⁸ quer se trate de explicar um documento ou não.

¹⁷⁷ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação... *Op. Cit.*, pág. 33.

¹⁷⁸ Acórdão do TJCE de 18 de outubro de 1989, proferido no âmbito do processo n.º 374/87, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6999a55695afc455cb18684de7680c120.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOaN50?text=&docid=95715&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=172897>, consultado dia 16/06/2017, pelas 22h00.

Assim, somos da opinião de que (conforme JÓNATAS MACHADO/ VERA RAPOSO) – por forma a acautelar a função de supervisão e a descoberta da verdade, bem como na esteira de uma proficiente regulação das atividades das pessoas coletivas – deverá considerar-se, no âmbito de declarações proferidas em contexto regulatório, a possibilidade de “imunidade em processo sancionatório” relativamente a essas declarações autoincriminatórias.¹⁷⁹

Deste modo, a instauração de um processo criminal contra a entidade regulada deverá ser alicerçada noutros elementos obtidos pela entidade reguladora, (v.g. documentos) e não nas declarações prestadas anteriormente pela mesma (aliás que podem ser ou não proferidas, tendo em conta o nosso entendimento de que o direito ao silêncio na vertente de declarar ou não declarar assume carácter absoluto).

Destarte, questão também discutida na doutrina prende-se com a existência de entidades reguladoras que detêm os poderes de regulação/supervisão e os poderes sancionatórios necessários à punição de infrações, que venham a ser descobertas no âmbito daqueles poderes.

Ora, relativamente a esta questão, é entendimento de PAULO DE SOUSA MENDES que o princípio ficará salvaguardado se ao menos estiver garantida a possibilidade de revisão de decisões condenatórias proferidas pela autoridade reguladora, por via de recurso judicial de jurisdição plena.¹⁸⁰

Assim, segundo o autor, “[n]ão é alternativa a ablação de poderes das autoridades reguladoras ou o regresso a modelos institucionais de pura separação de poderes. Pelo contrário, precisamos de autoridades reguladoras fortes”.¹⁸¹

Por seu turno, FREDERICO DA COSTA PINTO ensina que “é inequívoco que a lei portuguesa, à semelhança do resto do Direito Europeu, integra as competências

¹⁷⁹ MACHADO, JÓNATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação..., *Op. Cit.*, pág. 42.

¹⁸⁰ MENDES, PAULO DE SOUSA, “A Regulação Financeira, o Direito Penal e a Utilização em Processo penal das Provas Produzidas por Autoridades Reguladoras Financeiras”, *in* revista *Anatomia do Crime*, n.º 1, jan/jun, 2015, págs. 141 e 146.

¹⁸¹ MENDES, PAULO DE SOUSA, “A Regulação Financeira... *Op. Cit.*, pág. 146.

sancionatórias da autoridade do mercado na supervisão em sentido amplo (artigos 358.º al. e), e 360.º, nº 1, al. e) do CVM) [...], [o] que vale afinal por dizer que a componente sancionatória da supervisão é incidível desta, por três razões fundamentais: por um lado, porque toda a supervisão implica necessariamente um controlo da legalidade da atuação das entidades e pessoas supervisionadas; por outro lado, porque não há supervisão eficaz sem a tutela sancionatória que a lei lhe confere e, por isso mesmo, a própria lei integra o poder sancionatório na supervisão e vincula os poderes legais enunciados no artigo 361.º aos princípios e objetivos da supervisão (artigo 358.º); finalmente, porque todos os ilícitos identificados na supervisão correspondem a infrações públicas sujeitas a um regime de obrigatoriedade de promoção do processo, componente essencial do princípio da legalidade”.¹⁸²

Creemos, relativamente a esta questão, que não pode existir apenas uma entidade, para cumprir cabalmente os dois desideratos (de supervisão e sancionatório).

Têm de existir, portanto, duas entidades independentes, cabendo a uma delas o poder de supervisão e à outra o poder de fiscalização (consubstanciado pela vertente sancionatória, a exercer em caso de verificação da existência de infrações/crimes). Neste sentido, as informações obtidas no âmbito da atividade de supervisão seriam ignoradas da entidade independente competente para fiscalizar (e, eventualmente, punir) a pessoa coletiva.

É certo que esta posição implica, necessariamente, uma subversão do sistema atual. Contudo, é a única forma de manter a coerência de um processo de supervisão transparente, que motive as pessoas coletivas a adotar as recomendações das entidades reguladoras. De outro modo, por um lado, qualquer pessoa coletiva vai furtar-se a colaborar com a entidade regulada (direito que lhe assiste, sob a égide do brocado latino *nemo tenetur se ipsum accusare*) e, por outro lado, visto que qualquer supervisão pode dar azo a responsabilidade contraordenacional/penal, o direito ao silêncio deve considerar-se lícito em qualquer tipo de verificação da entidade reguladora, sob pena de regressão do processo de estrutura acusatória para o processo de estrutura inquisitória.

¹⁸² PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “Supervisão do mercado...”, *Op. Cit.*, pág. 80.

Com fundamento, essencialmente, na realização da justiça, a derrogação da prerrogativa contra a autoinculpação tende a ser vista como constitucionalmente admissível, designadamente no âmbito dos processos realizados pela Autoridade da Concorrência (mas não só), independentemente até da constituição da entidade visada como arguida.¹⁸³ O que não é admissível à luz do princípio da separação de poderes e dos princípios do Estado de Direito Democrático.

No que concerne à representação do ente colectivo em juízo, observa-se claramente a existência de questões de extrema importância que não foram reguladas, tendo em conta as considerações tecidas na PARTE II, nomeadamente no Capítulo II.

Assim, a entidade colectiva é geralmente representada por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem (cf. artigo 25.º, do CPC), sem prejuízo das normas previstas para cada tipo de sociedade (comerciais e anónimas).

Isto posto, a entidade coletiva deverá ser constituída arguida na Pessoa Humana a quem caiba a sua representação, tendo essa pessoa legitimidade para invocar o direito ao silêncio da sociedade relativamente a questões cuja resposta poderá implicar a responsabilização penal desta última.

Nos casos em que a pessoa coletiva é representada por um conjunto de pessoas e, portanto, está em causa uma representação plural da mesma, deve conceder-se a possibilidade de invocação da prerrogativa contra a auto-incriminação (entenda-se do direito a prestar ou não prestar declarações), a todos os representantes da mesma, e não apenas ao representante sobre o qual tenha recaído a constituição de arguida da pessoa coletiva, seguindo, portanto, o entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA nesta matéria.¹⁸⁴

Especialmente, em relação aos elementos que compõem a pessoa coletiva (mas que não são os seus representantes legais e, como tal, não lhes assiste o direito ao silêncio, fruto da constituição da pessoa coletiva como arguida), sugerimos uma

¹⁸³ Neste sentido, Ac. TC n.º 461/2011, proferido no âmbito do processo n.º 366/11, consultado a 27/07/2017, pelas 16h40, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁸⁴ SILVA, GERMANO MARQUES, “Questões Processuais na Responsabilidade...”, *Op. Cit.*, pág. 795.

alteração à previsão constante no Código de Processo Penal, relativamente à norma que regula os direitos e deveres da testemunha.

Para que não se pusesse em causa o direito ao silêncio da pessoa coletiva, cabe salvaguardar a inquirição dos elementos que a compõem, no sentido de uma eventual tentativa da entidade reguladora ou do Ministério Público contornarem o exercício do direito ao silêncio pelo representante daquela, através da prova testemunhal obtida daqueles outros elementos que, no âmbito da legislação vigente, são obrigados a responder com verdade a todas as perguntas feitas em sede de processo contraordenacional, ou penal.

Em termos processuais, se o Código de Processo Penal já prevê uma norma que dispõe que “[a] testemunha não é obrigada a responder a perguntas, quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”,¹⁸⁵ do mesmo modo, a teleologia desta norma, que presidiu às garantias processuais da testemunha (enquanto Pessoa Humana), deve ser válida para a pessoa coletiva.

Neste seguimento, sugerimos que fosse adicionada uma norma¹⁸⁶ que dispusesse: «As testemunhas que tenham uma especial relação de proximidade com uma pessoa coletiva demandada, nomeadamente por serem sócios, acionistas, assessores, consultores, colaboradores, trabalhadores, ou de alguma forma tenham acesso a informação privilegiada com carácter permanente, não são obrigadas a responder a perguntas, quando alegarem que das respostas pode resultar a responsabilização penal da pessoa coletiva.»

E esta norma, *de iure condendo*, justifica-se não só pelo facto de ser um mecanismo necessário à salvaguarda do núcleo essencial do direito ao silêncio das pessoas coletivas, mas também porque, admitindo a hipótese da possível dissolução da pessoa coletiva, fruto de um processo penal, há interesse legítimo desses elementos em salvaguardar a continuidade daquela que, no limite, pode ser a derradeira hipótese de manterem a sua sustentabilidade económica.

¹⁸⁵ Cf. n.º 2, do artigo 132.º, do CPP.

¹⁸⁶ Que poderia ser inserida enquanto «Artigo 132.º-A», do CPP, sob a epígrafe «Direito da testemunha com especial proximidade a uma pessoa coletiva».

Ademais, em relação ao regime contraordenacional, a norma a criar seria de aplicação confluyente, em face da subsidiariedade do direito penal, relativamente ao contraordenacional.

Relativamente aos ex-administradores que exerciam funções à data do facto ilícito típico (e que não se limitem a participar no processo na qualidade de testemunhas, mas sejam demandados conjuntamente com a pessoa coletiva), visto que a imputação da responsabilidade é realizada na pessoa coletiva, há que considerar duas realidades: *a*) se a sua administração se realizou em prol da vontade da pessoa coletiva; ou *b*) se praticaram atos à revelia daquela vontade.

No primeiro caso, os ex-administradores devem ser demandados conjuntamente com a pessoa coletiva, sendo a responsabilidade imputada apenas a esta, em observância a que a atuação daqueles foi consentânea com a intenção que presidiu à vontade da pessoa coletiva. Aqui, a posição dos ex-administradores é a de parte demandada (*rectius*, arguido) e ele, por força do mecanismo processual, aproveita do direito ao silêncio.

No segundo caso, há uma clara contradição entre os atos praticados pelo ex-administrador que levaram à acusação (em face do ilícito em causa) e a vontade da pessoa coletiva. Neste caso, ainda que ambos possam ser demandados conjuntamente, as estratégias de defesa podem ser conflitantes. No que concerne estes casos em que exista conflito de interesses entre a entidade coletiva e o seu ex-representante (porquanto foi este o autor da prática do ilícito imputado à sociedade), certamente que este último não será a pessoa adequada para proteger os interesses da sociedade, porquanto, por um lado, poderá remeter-se totalmente ao silêncio em prejuízo da defesa da mesma, ou poderá, por outro lado, prestar informações que virão prejudicá-la.

De qualquer forma, no que ao direito ao silêncio diz respeito, ambos aproveitam o seu exercício. A diferença está no facto de, neste caso, a pessoa coletiva gozar do direito de regresso, face àquele ex-administrador.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Cf. n.º 3, do artigo 500.º, do CC.

Deste modo, somos da opinião de que deverá existir um *curador ad litem*, designado pelo juiz¹⁸⁸ (ou a entidade competente para decidir o caso, se estivermos no âmbito do regime contraordenacional)¹⁸⁹ a quem seja concedida a legitimidade para invocar o direito ao silêncio da entidade coletiva.

Efetivamente, “se a pessoa coletiva não for protegida quando um dos seus representantes é chamado a revelar informações, a mesma nunca será protegida e provas contra ela apresentadas pelos seus diretores ou representantes seriam sempre admissíveis, resultado claramente inaceitável à luz dos princípios jurídicos relevantes”.¹⁹⁰

No que concerne ao limite do direito ao silêncio das pessoas coletivas, entendemos que, à semelhança do que acontece com as pessoas singulares, o referido direito conhece limitações relativamente à matéria de identificação da pessoa coletiva em questão, e assim, de informações que sejam do conhecimento público,¹⁹¹ bem como relativamente à prestação de declarações não auto-incriminatórias. Em tudo o resto, não vislumbramos razões para que o regime do direito ao silêncio não seja aplicado de forma equiparada às pessoas coletivas, em vista dos bens jurídicos que podem ser afetados por todas as pessoas jurídicas consideradas.

¹⁸⁸ Cf. n.º 2, do artigo 28.º, do CPC.

¹⁸⁹ A norma referida na nota de rodapé anterior deve ser aplicada neste caso, por interpretação extensiva.

¹⁹⁰ MACHADO, JÓNATAS E. M./ RAPOSO, VERA L. C., “O Direito à não autoincriminação...”, *Op. Cit.*, pág. 46.

¹⁹¹ A título de exemplo as informações constantes do Portal do Ministério da Justiça, relativamente à publicação *On-Line* do Ato Societário e de outras entidades, disponível em <https://publicacoes.mj.pt/pesquisa.aspx>.

Capítulo II. – Síntese conclusiva

PARTE I

Capítulo I. – Origens do *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*

1. No Ordenamento Jurídico português, o arguido é tido como sujeito processual e não como objeto de prova.
2. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem como pressuposto que ninguém é obrigado a contribuir para a sua própria incriminação.
3. A origem deste princípio está intimamente ligada à tradição anglo-saxónica, nomeadamente à passagem do processo inquisitório para o processo acusatório.
4. Ou seja, a instrução, a acusação e o julgamento estavam concentrados na mesma entidade.
5. O princípio *nemo tenetur* não é tutelado, expressamente, na Constituição da República Portuguesa, aparecendo apenas a sua referência no Código de Processo Penal.
6. A doutrina e a jurisprudência portuguesas reconhecem, de forma pacífica, a sua natureza constitucional implícita, pese embora a sua não consagração expressa.
7. Na sequência da vigência do processo de estrutura inquisitória, o arguido era o “instrumento da sua própria condenação”.
8. Assim, verificou-se a necessidade de combater os abusos provindos do Estado.

9. Embora a consagração do direito ao silêncio tenha ocorrido mais tarde, a verdade é que, desde cedo, reconheceu-se o direito ao silêncio, enquanto núcleo essencial do *nemo tenetur*.
10. A sua primeira consagração legal só viria a ocorrer em resultado do fim–da monarquia constitucional, instaurada em Portugal desde 1820, e da Implantação da República a 5 de outubro de 1910.
11. Assim, com o Decreto de 28 de dezembro de 1910, o réu deixou de ter de responder, em audiência de julgamento, com exceção das perguntas relativas à sua identificação pessoal.
12. O interrogatório era realizado com a finalidade do exercício do direito de defesa e não de comprovação da acusação.
13. O Código de Processo Penal de 1929, que vigorou até 1987, atravessando todo o período da Primeira República e do Estado Novo, consagrou o direito ao silêncio, exceto no que diz respeito à identidade e aos antecedentes criminais, aos quais o arguido deveria responder “com verdade”, estabelecendo-se apenas a obrigação de informar o arguido do direito ao silêncio no julgamento.
14. Assim, embora o arguido pudesse remeter-se ao silêncio no primeiro interrogatório e no julgamento, nada impedia a utilização de uma confissão prévia como prova contra si, mesmo que tivesse sido obtida com desrespeito pelos seus direitos fundamentais.
15. A obrigação de informar o arguido sobre o seu direito ao silêncio foi estendida para as fases anteriores ao julgamento, em 1972.
16. O direito ao silêncio era tido como o não arrependimento do réu, ou mesmo como índice de culpabilidade ou de confissão.

17. As decisões jurisdicionais não estavam sujeitas a fundamentação, pelo que, ainda que o silêncio do arguido tivesse sido efetivamente valorado contra ele, não se conseguia retirar da decisão uma tal conclusão, pelo que não existia uma realização efetiva do direito ao silêncio.
18. O Código de Processo Penal de 1987, em boa parte fruto da Revolução do 25 de Abril de 1974 e da consequente entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, vem a consagrar e a tornar o direito ao silêncio efetivo.
19. Assim, proíbe-se a valoração negativa do direito ao silêncio nas vertentes de proibição de utilização de declarações do arguido anteriores à audiência de julgamento, bem como da proibição de valoração de provas obtidas em detrimento daquele direito, exigindo-se concomitantemente a fundamentação das decisões jurisdicionais.
20. O arguido deixa, assim, de constituir “o instrumento da sua própria incriminação”, para passar a ser sujeito processual, característica essencial da estrutura acusatória do processo e do Estado de Direito Democrático.
21. Atualmente, o arguido apenas está obrigado a responder com verdade às perguntas relativas à sua identidade, tendo sido declaradas inconstitucionais, pelo TC, as questões relacionadas com os antecedentes criminais.
22. É discutida na doutrina a questão de saber qual a natureza do princípio *nemo tenetur*, atribuindo a maioria da doutrina natureza processual ao referido princípio.
23. Assim, o princípio resulta da estrutura acusatória do processo e das garantias de defesa, bem como princípio do processo equitativo.
24. Tomando posição entendemos que o instituto do *nemo tenetur* assume caráter processual, uma vez que, o próprio conceito de dignidade humana engloba toda a matéria penal e processual penal do Ordenamento Jurídico português.

Capítulo II. – Titularidade de direitos fundamentais

25. Indiscutível é a questão da titularidade de direitos fundamentais pela Pessoa Humana, no entanto, discute-se se os direitos fundamentais são aplicáveis às pessoas coletivas.
26. Como pode observar-se na Lei Fundamental, as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.
27. Não é possível formular, portanto, uma regra geral que nos possibilite saber, *a priori*, quais são os direitos que poderão ser da titularidade de pessoas coletivas, devendo o problema ser resolvido caso a caso.
28. No entanto boa parte da doutrina admite a aplicação da prerrogativa do direito ao silêncio às pessoas coletivas.
29. Cremos, portanto, que o direito ao silêncio é aplicável às pessoas coletivas, porque além de encontrar-se expressamente previsto na CRP a aplicabilidade dos direitos fundamentais às pessoas coletivas, é consagrada a possibilidade da responsabilização penal dessas pessoas e, nessa medida, não se pode rejeitar a aplicação dos direitos que assistem ao arguido, em processo penal, em especial no que concerne o nosso estudo, o direito ao silêncio.

PARTE II

Capítulo I. – O Dever de Colaboração Vs. Direito ao Silêncio

30. Questão bastante discutida na doutrina e na jurisprudência é o conflito verificado entre os deveres de colaboração com as entidades reguladoras e o direito ao silêncio das entidades reguladas.

31. As entidades reguladoras são agências públicas que regulam, supervisionam e aplicam sanções a outras entidades, geralmente privadas, face ao perigo de desrespeito das normas estabelecidas para o exercício da atividade destas.
32. Embora as entidades reguladas tenham deveres de colaboração com as mencionadas entidades reguladoras, gozam do direito ao silêncio, no sentido de não serem obrigadas a confessar a prática de quaisquer ilícitos.
33. Contudo, segundo a maioria da doutrina, o direito ao silêncio não é absoluto, sofrendo restrições.
34. Tais restrições têm de estar expressamente previstas na lei e têm de respeitar o princípio da proporcionalidade, por estarem em causa direitos, liberdades e garantias.
35. Algumas das situações em que o direito ao silêncio sofre limitações podem verificar-se no momento da resposta que o arguido tem de dar às perguntas realizadas no âmbito da sua identificação.
36. A maioria da doutrina entende que, sem a colaboração das entidades visadas, tornar-se-ia quase impossível, para uma entidade reguladora, a averiguação do cumprimento das normas legais estabelecidas.
37. No que diz respeito às competências atribuídas às entidades reguladoras, cumpre sublinhar a distinção entre poderes de supervisão e poderes sancionatórios.
38. A jurisprudência tem aceitado a comunicabilidade dos elementos de prova, entre o processo de supervisão e o processo sancionatório eventualmente a instaurar contra a entidade supervisionada, sem que tal coloque em causa qualquer garantia constitucional.
39. As diligências de inspeção e auditoria, no âmbito de um processo de supervisão, são essencialmente atos de conteúdo verificativo, onde o dever de colaboração da

entidade inspecionada ou auditada tem inerente a comunicação prévia pela entidade reguladora.

40. O poder de supervisão baseia-se, essencialmente, na verificação do cumprimento das normas legais estabelecidas pela entidade regulada, por forma a assegurar o bom funcionamento dos mercados.
41. Na doutrina nacional as opiniões acerca do tema divergem, pelo que, podem ser indicadas três soluções: *i)* Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração; *ii)* Tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*; *iii)* Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio.
42. Cremos que o direito ao silêncio abrange as declarações verbais ou o direito a não responder a questões, mas não abrange a entrega de elementos de carácter material, como sejam, os documentos que, em cumprimento dos deveres de colaboração para com as entidades reguladoras, deverão ser entregues.
43. Assim, defendemos o carácter absoluto do direito ao silêncio na vertente de declarar ou não declarar, quer estejamos perante processos de contexto regulatório, quer estejamos perante processos de carácter sancionatório.
44. Defendemos que as declarações autoincriminatórias proferidas em âmbito regulatório não podem consubstanciar uma prova da prática de uma infracção, porquanto, nesse caso, tornar-se-ia o direito ao silêncio inoperante, além de que regressaríamos ao antigo processo de modelo inquisitório.
45. Cremos que a instauração de um processo sancionatório contra a entidade regulada deverá ser alicerçada noutros elementos, que não as declarações proferidas pela entidade regulada ao abrigo do seu dever de colaboração.

46. Tomando posição, cremos que a importação das garantias processuais penais para o processo sancionatório de mera ordenação social abrange, não apenas a fase judicial do mesmo, mas também a sua fase administrativa.
47. Concordamos também com a posição de que o processo contra-ordenacional não pode ser visto como um instrumento de diminuição das garantias do cidadão.
48. Bastante discutida na doutrina tem sido a questão da concentração de poderes (de supervisão e sancionatórios) na mesma entidade.
49. É entendimento de PAULO DE SOUSA MENDES que o princípio ficará salvaguardado se ao menos estiver garantida a possibilidade de revisão de decisões condenatórias proferidas pela autoridade reguladora, por via de recurso judicial de jurisdição plena.
50. Por seu turno, FREDERICO DA COSTA PINTO entende que a componente sancionatória da supervisão é incidível desta, por três razões fundamentais: porque toda a supervisão implica necessariamente um controlo da legalidade da atuação das entidades e pessoas supervisionadas; porque não há supervisão eficaz sem a tutela sancionatória que a lei lhe confere; e porque todos os ilícitos identificados na supervisão correspondem a infrações públicas sujeitas a um regime de obrigatoriedade de promoção do processo, componente essencial do princípio da legalidade.
51. Cremos que não pode existir apenas uma entidade, para cumprir cabalmente os dois desideratos (de supervisão e sancionatório).
52. Têm de existir, duas entidades independentes, cabendo a uma delas o poder de supervisão (sem que as informações obtidas no âmbito dessa atividade sejam aptas a consubstanciar a prova da prática de infrações; e à outra, o poder de sancionar entidades reguladas, para que se consiga evitar cabalmente a regressão do processo de estrutura acusatória para o processo de estrutura inquisitória.

Capítulo II. – A representação da Pessoa Coletiva em juízo

53. A representação das pessoas coletivas em juízo, em termos gerais, é efectuada por quem a lei, os estatutos, ou o pacto social designarem.
54. Nas sociedades comerciais, mais precisamente as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e por quotas, consagra-se a regra de que incumbe aos gerentes a administração e a representação da sociedade.
55. As sociedades anónimas e as sociedades em comandita por acções são representadas pelo conselho de administração, que detém exclusivos e plenos poderes no referido âmbito, apesar de outros órgãos, designadamente o conselho fiscal e o conselho geral e de supervisão, terem poderes de representação da sociedade perante terceiros.
56. Assim, a pessoa coletiva é constituída arguida na pessoa a quem competir a representação da sociedade, assistindo-lhe o direito ao silêncio.
57. No caso de o representante atual da pessoa coletiva não ser o representante à data da prática do facto ilícito típico, deverá ser o representante à data da prática do ato processual a representá-la.
58. Os demais titulares dos órgãos da pessoa coletiva também têm direito ao silêncio, uma vez que são conhecedores de informações que podem ser alvo do exercício do direito ao silêncio por parte do seu representante legal. Permitir que estes estejam impedidos de exercer o direito ao silêncio põe em causa a própria existência do mesmo, já que pode haver matérias que, através do conhecimento daqueles, a acusação se furte a respeitar o direito em referência.
59. As testemunhas gozam do direito ao silêncio relativamente às questões, das quais pode resultar a sua responsabilização contraordenacional/penal.

60. No caso de conflito de interesses entre a sociedade e um dos seus representantes (ou ex-representante quando demandado conjuntamente), somos da opinião de que deve prever-se a legitimidade de invocação do direito ao silêncio por parte de um *curador ad litem* representante, designado pelo juiz, como representante processual da pessoa coletiva em resultado desse.
61. No caso de representação plural da pessoa coletiva, os poderes são exercidos conjuntamente, sob pena da verificação de um vício na representação da mesma.
62. Entende GERMANO MARQUES DA SILVA que a invocação do direito ao silêncio assiste a todos os representantes da sociedade. Mesmo não podendo ser todos eles os representantes processuais do ente coletivo, por razões pragmáticas.

PARTE III

Capítulo I. – Proposta de Regulação

63. Verifica-se um conflito entre o princípio *nemo tenetur* e o dever de colaboração.
64. Cumpre sublinhar que o dever de colaboração não vale irrestritamente, não estando protegida a garantia constitucional implícita em causa. Com efeito, é absurdo que o ente coletivo tenha direito ao silêncio quanto a elementos que possam ser autoincriminatórios no âmbito sancionatório, quando anteriormente, no contexto regulatório, teve de fornecer esses mesmos ao abrigo do dever de colaboração.
65. Na verdade, poderemos considerar que este entendimento não faz qualquer ponderação entre os dois valores, uma vez que em qualquer dos casos prevalece o dever de colaboração.
66. Entendemos que deveria existir uma previsão legal de que, tanto no âmbito regulatório, como no âmbito sancionatório, o direito ao silêncio (na vertente de declarar ou não declarar contra si mesmo) assume carácter absoluto.

67. Com efeito, a considerar-se como correto o entendimento de que o dever de colaboração deve prevalecer no caso de verificação normal do cumprimento das normas legais estabelecidas, deixa de ter qualquer proteção a garantia fundamental do direito ao silêncio.
68. Além disso, a admissibilidade de utilização de declarações proferidas num contexto regulatório em processo penal poderá comprometer a finalidade das supervisões efetuadas às entidades reguladas, que é de verificação do cumprimento das normas legais estabelecidas (em sede de *compliance*), uma vez que, tendo a entidade regulada conhecimento de que poderão ser utilizadas provas em processo sancionatório, irá naturalmente omitir os factos dos quais pode resultar a sua responsabilidade penal/contraordenacional.
69. Deste modo, a instauração de um processo criminal contra a entidade regulada deverá ser alicerçada noutros elementos obtidos pela entidade reguladora, (v.g. documentos) e não nas declarações prestadas anteriormente pela mesma (aliás, que podem ser ou não proferidas, em atenção que o direito ao silêncio assume carácter absoluto).
70. Não obstante, questão também discutida na doutrina prende-se com a existência de entidades reguladoras que detêm os poderes de regulação/supervisão e os poderes sancionatórios necessários à punição de infrações, que venham a ser descobertas no âmbito daqueles poderes.
71. Acreditamos que não pode existir apenas uma entidade, para cumprir cabalmente os dois desideratos (o de supervisão e o sancionatório).
72. Têm de existir, portanto, duas entidades independentes, cabendo a uma delas o poder de supervisão e à outra o poder de fiscalização (consubstanciado pela vertente sancionatória, a exercer em caso de verificação da existência de infrações/crimes). Neste sentido, as informações obtidas no âmbito da atividade de

supervisão seriam ignoradas da entidade independente competente para fiscalizar a pessoa coletiva.

73. No que concerne à representação do ente coletivo em juízo, observa-se claramente a existência de questões de extrema importância que não foram reguladas.
74. Desta forma, a entidade coletiva deverá ser constituída arguida na Pessoa Humana a quem caiba a sua representação, tendo essa pessoa legitimidade para invocar o direito ao silêncio da sociedade relativamente a questões cuja resposta poderá implicar a responsabilização penal desta última.
75. Designadamente, em relação aos elementos que compõem a pessoa coletiva, sugerimos uma alteração à previsão constante no Código de Processo Penal, relativamente à norma que regula os direitos e deveres da testemunha.
76. O CPP já prevê uma norma que dispõe que isenta a testemunha de prestar declarações, cf. nº 2, do artigo 132.º, do referido diploma.
77. Assim, sugerimos a inclusão de uma norma que disponha: «As testemunhas que tenham uma especial relação de proximidade com uma pessoa coletiva demandada, nomeadamente por serem sócios, acionistas, assessores, consultores, colaboradores, trabalhadores, ou de alguma forma tenham acesso a informação privilegiada com carácter permanente, não são obrigadas a responder a perguntas, quando alegarem que das respostas pode resultar a responsabilização penal da pessoa coletiva.»
78. Esta norma justifica-se por garantir a efetividade do direito ao silêncio das pessoas coletivas e porque há mais valores em causa (v.g. como a subsistência económica dos elementos que compõem a pessoa coletiva).
79. Além do exposto, a norma a criar seria de aplicação confluyente no regime contraordenacional, em face da subsidiariedade do direito penal, relativamente àquele.

80. Os ex-administradores aproveitam do direito ao silêncio apenas se forem demandados conjuntamente com a pessoa coletiva. Caso contrário somente podem exercer o direito a não prestar declarações que possam implicar a sua responsabilização.
81. No caso de o ex-administrador ter praticado atos contra a vontade da pessoa coletiva, ainda que ambos possam ser demandados conjuntamente, as estratégias de defesa podem ser conflitantes. Certamente que o ex-administrador não será a pessoa adequada para proteger os interesses da sociedade.
82. De qualquer forma, no que ao direito ao silêncio diz respeito, ambos aproveitam o seu exercício. A diferença está no facto de, neste caso, a pessoa coletiva gozar do direito de regresso, face àquele ex-administrador.
83. Deste modo, somos da opinião de que deverá existir um *curador ad litem*, designado pelo juiz a quem seja concedida a legitimidade para invocar o direito ao silêncio da entidade coletiva.
84. Nos casos de representação plural da pessoa coletiva, deve conceder-se a possibilidade de invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, a todos os representantes da mesma, e não apenas ao representante sobre o qual tenha recaído a constituição de arguida da pessoa coletiva.
85. Tudo visto e somado, não descortinamos razões para que o regime do direito ao silêncio não seja aplicado de forma equiparada às pessoas coletivas, em vista dos bens jurídicos que podem ser afetados por todas as pessoas jurídicas consideradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE**, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Almedina Editora, 4ª edição, Coimbra, 2013.
- **ALFAFAR, DIANA**, “O Dever de Colaboração e o *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* no Direito Sancionatório da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, julho – dezembro, 2012.
- **ANASTÁCIO, CATARINA**, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número I, janeiro – março, Coimbra, 2010, págs.199-235.
- **ANDRADE, MANUEL DA COSTA**, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- **ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE**, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- **ANTUNES, MARIA JOÃO**, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, in *Sub Judice*, nº4, 1992.
- **ASCENSÃO, JORGE OLIVEIRA**, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. IV, Almedina Editora, Coimbra, 1993.
- **BELANDO GARÍN, BEATRIZ**, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid, 2004.
- **BRANDÃO, NUNO**, “Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, Ano 24, janeiro/março, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 29-55.

- **BRAVO, JORGE DOS REIS**, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- **BRITO, TERESA QUINTELA**, “Responsabilidade penal de entes coletivos. (Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal)”, *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento*, coordenação de MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS e PAULO DE SOUSA MENDES, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- **CÂMARA, PAULO**, “Regulação e Valores Mobiliários”, in *Regulação em Portugal: Novos tempos, Novo modelo?*, Almedina Editora, Coimbra, 2009, págs. 127-187.
- **CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- **CANOTILHO, GOMES**, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição, Almedina Editora, Coimbra, 2002.
- **COSTA, JOSÉ DE FARIA**, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2.º, 1999, págs. 537-559.
- **DIAS, AUGUSTO SILVA**, “O Direito à não autoinculpação no âmbito das contraordenações do CVM”, in *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano I, Número I, janeiro – março, Coimbra, 2010, págs. 237-275.
- **DIAS, AUGUSTO SILVA/RAMOS, VÂNIA COSTA**, *O Direito à Não Autoinculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contraordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 9-31.

- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO**, “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1976, págs. 23-35.
- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO**, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Reimpressão – Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO**, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA**, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova” in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina Editora, Coimbra, 2009, págs. 11-56.
- **FREITAS, LEBRE DE**, *Código de Processo Civil Anotado*, 1.º, Almedina Editora, Coimbra, 2014.
- **GARRETT, FRANCISCO DE ALMEIDA**, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Fronteira do Caos Editores, Porto, 2007.
- **GONÇALVES, MAIA**, *Código de Processo Penal anotado e comentado*, Almedina Editora, Coimbra, 2009.
- **LEITE, INÊS FERREIRA**, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial o direito contraordenacional”, in *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais*, Plano de Formação contínua do Centro de Estudos Judiciários, 2013/2014.
- **MACHADO, JONATAS E. M./RAPOSO, VERA L. C.**, “O Direito à não autoincriminação e as pessoas coletivas empresariais”, in *Revista Brasileira de*

Direitos Fundamentais e Justiça, ano 3, n.º 8, jul/set., Porto Alegre (Brasil) 2009, págs. 13-47.

- **MEIRELES, MÁRIO**, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas ou Entidades Equiparadas na Recente Alteração ao Código de Processo Penal ditada pela Lei 59/2007 de 4 de setembro: algumas notas”, in *Julgar*, n.º 5, Edições Almedina, Coimbra, 2008, págs. 121-138.
- **MENDES, PAULO DE SOUSA**, “A Regulação Financeira, o Direito Penal e a Utilização em Processo penal das Provas Produzidas por Autoridades Reguladoras Financeiras”, in revista *Anatomia do Crime*, n.º 1, jan/jun, 2015, pág. 146.
- **MENDES, PAULO DE SOUSA**, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número I, janeiro – março, 2010.
- **MENDES, PAULO DE SOUSA**, “Modelos de Regulação Financeira e Direito Penal: atual discussão sobre a organização e os poderes das autoridades reguladoras dos mercados financeiros”, in *I Curso de Pós-Graduação sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal nas atividades bancária, financeira*, 2015/2016.
- **MENDES, PAULO DE SOUSA**, “O Dever de Colaboração e as Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência”, in *Julgar*, n.º 9, Edições Almedina, Coimbra, 2009, págs.11-28.
- **MENDES, PAULO DE SOUSA**, “O Problema da Utilização de Elementos Recolhidos em Ações de Supervisão como Meios de Prova em Processo Sancionatório”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, julho – dezembro, 2012.

- **NAZARETH, J. FRANCISCO DUARTE**, *Elementos do Processo Criminal*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1886.
- **NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA**, *Sumários de Processo Criminal* (fascículos), Coimbra, 1968.
- **NOVAIS, JORGE REIS**, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- **NOVAIS, JORGE REIS**, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- **OTERO, PAULO**, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Reimpressão da edição de setembro de 2007, Almedina Editora, Coimbra, 2009.
- **PALMA, MARIA FERNANDA**, “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código do Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 60, Lisboa, Ano 15, 1994, págs. 105-109.
- **PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA**, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contraordenação (parecer), in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina Editora, 2009.
- **PINTO, LARA SOFIA**, “Privilégio Contra a Autoincriminação Versus Colaboração do Arguido”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em Processo Penal*, Coordenação **BELEZA, TERESA PIZARRO/PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA**, Almedina Editora, Coimbra, 2011, págs. 91-116.
- **QUEIROZ, CRISTINA**, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- **RAMOS, VÂNIA COSTA**, “*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, in *Revista do Ministério Público*, n.º 108, Ano 27, 2006, págs. 125-149.
- **RAMOS, VÂNIA COSTA**, “*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte II, in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, n.º 109, 2007, págs. 57-96.
- **RODRIGUES, ANABELA MIRANDA**, “Justiça penal internacional e protecção de vítimas-testemunhas por meios tecnológicos”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 21, 2002, págs. 16-17.
- **SÁ, LILIANA DA SILVA**, “O Dever de Cooperação Versus o Direito à Não-Auto-incriminação”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, n.º 107, 2006, págs. 121-163.
- **SILVA, GERMANO MARQUES**, “Questões Processuais na Responsabilidade cumulativa das Empresas e dos seus Gestores”, in *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- **SILVA, SANDRA OLIVEIRA E**, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- **SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE**, *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, Lex Editora, Lisboa, 1997.
- **TORRÃO, FERNANDO**, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e coletiva nos “crimes de empresa”*, Almedina Editora, Coimbra, 2010.

- **VENTURA, RAÚL**, *Sociedades Por Quotas*, Vol. III, 1ª edição, Almedina Editora, Coimbra, 1991.
- **VILELA, ALEXANDRA**, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

a) Acórdãos do Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013 de 17 de junho, Processo n.º 817/12, disponível em:

www.pgdlisboa.pt

consultado no dia 01/03/2017, pelas 16h00.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95 de 5 de dezembro, Processo n.º 351/95, disponível em:

www.tribunalconstitucional.pt,

consultado no dia 23/04/2017, pelas 17h00.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, de 2 de março, Processo n.º 695/07, disponível em:

www.tribunalconstitucional.pt,

consultado no dia 06/03/2017, pelas 17h55.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 656/97, de 4 de novembro de 1997, Processo n.º 126/97,

disponível em:

www.tribunalconstitucional.pt,

consultado no dia 02/07/2017, pelas 15h30.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011 de 21 de Dezembro, Processo n.º 366/11,

disponível em:

www.tribunalconstitucional.pt,

consultado no dia 23/07/2017, pelas 16h30.

b) Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de abril de 2012, Processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5,

disponível em:

www.dgsi.pt.

consultado no dia 30/06/2017, pelas 14h55.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de maio de 2015, Processo n.º 104/10.1ZRCSC.L1-5.

disponível em:

www.dgsi.pt.

consultado no dia 21/04/2017, pelas 15h55.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de outubro de 2008, Processo n.º 2140/08-9, 9ª Secção,

disponível em:

www.cmvm.pt.

consultado no dia 20/06/2017, pelas 15h30.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de julho de 2009, Processo n.º 3839/06.0TFLSB, 3ª Secção,

disponível em:

www.cmvm.pt.

consultado no dia 20/06/2017, pelas 16h00.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1, 5ª Secção,

Disponível em:

www.dgsi.pt

consultado no dia 27/07/2017, pelas 21h00.

c) Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra e do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de outubro de 2013, Processo n.º 144/12.6JALRA.C1.

disponível em:

www.dgsi.pt,

consultado no dia 20/02/2017, pelas 14h50.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14 de outubro de 2014, Processo n.º 653/10.1TBPMS.C1,

disponível em:

www.dgsi.pt,

consultado no dia 25/05/2017, pelas 16h00.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de dezembro de 2005, Processo n.º 2546/05 disponível em:

www.dgsi.pt,

consultado no dia 06/06/2017, pelas 19h00.

Acórdão do Tribunal da Relação do Coimbra de 31 de janeiro de 2006, Processo n.º 3789/05.

disponível em:

www.dgsi.pt,

consultado no dia 01/08/2017, pelas 01h07.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de julho de 2009, Processo n.º 199/07.5TYVNG-B.P1.

disponível em:

www.dgsi.pt,

consultado no dia 06/06/2017, pelas 19h00.

d) Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso *Ozturk v. Federal Republic of Germany*, (Application n.º 8544/79, ECHR, 1984),

Disponível em:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H8_m6wiImtMJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-57553%26filename%3D001-57553.pdf+%&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt,

consultado no dia 20 /07/2017, pelas 20h00.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso *IJL, GMR AND AKP VS. UNITED KINGDOM* (*aplications n.º 29522/95, n.º 30056/96, n.º 30574/96*), EHRR, 225, 2000,

disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["29522/95"\],"itemid":\["001-58800"\]},](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

consultado no dia 04/05/2017, pelas 16h00.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso *ABAS VS. NETHERLANDS* (*application n.º 27943/95*), 1997.

disponível em: <http://echr.ketse.com/doc/27943.95-en-19970226/view/>,

consultado no dia 04/05/2017, pelas 16h30.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso *FUNKE VS. FRANÇA*, (*application n.º 10828/84*) 1993,

disponível em:

<http://www.juridischeuitspraken.nl/19930225EHRMFunke.pdf>

consultado no dia 6/6/2017, pelas 23h00.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso *JOHN MURRAY V. THE UNITED KINGDOM*, (*application n.º 18731/91*), 1996,

disponível em:

<http://www.refworld.org/cases,COECOMMHR,402a22c44.html>

consultado no dia 9/7/2017, pelas 23h50.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso, SAUNDERS V. THE UNITED KINGDOM, (*aplication* n.º 19187/91), 1996, disponível em:

<http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b68010.html>

consultado no dia 22/07/2017, pelas 15h00.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferido no âmbito do caso SERVES V. FRANCE, (*aplication* n.º 20225/92) 1997, disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["20225/92"\],"itemid":\["001-58103"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

consultado no dia 28/07/2017, pelas 16h00.

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 18 de outubro de 1989, proferido no âmbito do caso ORKEM VS. COMMISSION disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6999a55695afc455cb18684de7680c120.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOaN50?text=&docid=95715&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=172897>

consultado no dia 16/06/2017, pelas 22h00.