

DIREITO AO SILÊNCIO E DEVERES DE COLABORAÇÃO NOS PROCESSOS POR DELITOS ECONÓMICO-FINANCEIROS

SANDRA OLIVEIRA E SILVA

Resumo: o artigo discute o problema de saber se e em que medida podem os deveres de colaboração previstos nos diversos setores regulados da economia projetar-se nos processos por delitos económico-financeiros como provas autoincriminatórias livremente valoráveis. São criticamente revistas algumas das respostas encontradas pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, concluindo-se com uma proposta autónoma de compatibilização entre deveres de colaboração e *nemo tenetur se ipsum accusare*: os «documentos legalmente obrigatórios» que o supervisionado tenha sido obrigado a entregar às autoridades antes do nascimento da suspeita poderão ser utilizados como prova de delitos iminentes ao concreto sistema regulador (as «infrações intrassistemáticas»), mas já não dos que a esse sistema sejam alheios (as «infrações extrassistemáticas»); uma vez surgida a suspeita, deve determinar-se de imediato a abertura do procedimento sancionatório, renunciando-se à imposição de ulteriores deveres de colaborar, sob pena de as provas recolhidas em desrespeito dos formalismos próprios do processo penal ou contraordenacional não terem afinal a «conotação de Direito» que torna legítima a sua valoração.

Palavras-chave: setores regulados ou supervisionados; deveres de colaboração; direito à não autoincriminação; *act-of-production doctrine*; *required records doctrine*.

I. ENQUADRAMENTO GERAL*

1. Poderia começar por dizer que não existem especificidades de relevo a respeito do direito ao silêncio nos processos por crimes de corrupção ou por delitos económico-financeiros¹. Esgotaria em poucas linhas o tema da minha intervenção e não ficaria muito longe da verdade.

* O presente texto serviu de suporte à comunicação por mim apresentada nas V Jornadas Açorianas de Direito. Optei por conservar o timbre e o tom da exposição oral, acrescentando apenas, em rodapé, as referências bibliográficas devidas e alguns esclarecimentos ou exemplos ilustrativos.

¹ Não é fácil definir «criminalidade económico-financeira»: trata-se mais de uma categoria criminológica dotada de uma certa plasticidade e indefinição de contornos do que de um conceito dogmático claramente recortado e estabilizado. Se quiséssemos atender ao bem jurídico protegido, seriam delitos económico-financeiros, em primeira linha, as infrações

É certo que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* continua ainda hoje a suscitar as mais sérias dificuldades e interrogações, mas as dúvidas ligam-se sobretudo à demarcação do respetivo âmbito de tutela — oscilando os autores e os tribunais entre um entendimento *restritivo* que o confunde com o direito ao silêncio e uma compreensão *ampla* que estende a proteção a todos os contributos não voluntários do suspeito para a própria perseguição penal (incluindo, portanto, a gravação não consentida de palavras ou imagens e a mera observação do corpo do arguido em exames ou revistas). Feita esta delimitação fundamental do seu círculo de proteção, o direito à não autoincriminação aplica-se com a mesma amplitude e intensidade em qualquer processo criminal, seja qual for a gravidade do crime ou o grau de complexidade da investigação — «*without distinction from the most simple to the most complex*», na formulação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos [TEDH] em *Saunders v. Reino Unido* (1996)².

2. De todo o modo, importa reconhecer que certos aspetos da disciplina dos crimes de corrupção e dos delitos económico-financeiros se oferecem como decisivo «teste de stresse» à operacionalidade e solidez dos critérios de delimitação que se proponha.

Por razões de simplificação, tomemos a prerrogativa contra a autoincriminação pelo seu conteúdo mínimo: o *direito reconhecido ao arguido de não ser obrigado a declarar contra si mesmo*. Não basta, para que este direito seja assegurado, proibir o recurso a métodos coativos ou renunciar à imposição de sanções para obrigar o arguido a falar sobre a matéria da imputação; importa

reportadas ao «direito económico», entendido como parte do direito penal secundário — incluindo os crimes tipificados na velha Lei das Infrações contra a Economia e contra a Saúde Pública, os delitos financeiros do Código de Valores Mobiliários [CVM] ou do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras [RGICSF] e os crimes tributários. Poderiam ainda caber no conceito certos crimes patrimoniais com sedimentação histórica e dogmática bastante para integrarem o Código Penal [CP]: p. ex., a burla, a infidelidade, o abuso de cartão de garantia ou de crédito, a usura, a insolvência, a frustração de créditos, o favorecimento de credores; ou outros que atingem bens jurídicos diversos, mas estão dirigidos à obtenção de vantagens patrimoniais e ou têm potencialidade para afetar o funcionamento do sistema financeiro, como a apropriação ilegítima, a administração danosa, a falsificação de moeda, o tráfico de influência, a corrupção, o branqueamento, o peculato, a participação económica em negócio. A natureza do bem jurídico não é, porém, o *topos* que singulariza a criminalidade económico-financeira e justifica a sua autonomização como categoria operatória. Relevam, outrossim, considerações criminológicas gerais que explicam as dificuldades acrescidas na investigação e a previsão de expedientes mais eficazes (e agressivos) de aquisição de prova. São elas: a genérica opacidade das práticas criminosas, potenciada pelo carácter *victimless* e pactuado das infrações; a emergência de fenómenos criminais de carácter transnacional, a implicar a colaboração policial e judiciária entre vários Estados; as dificuldades que emergem da existência de sistemas jurídicos com regimes fiscais privilegiados e ou segredo bancário fortemente protegido; por vezes, a prática destes crimes no contexto de organizações criminais dotadas de uma estrutura complexa e tentacular, que passa pelo controlo dos aparelhos institucionalizados de poder (ligando-se assim a práticas de corrupção, tráfico de influência ou abuso de poder).

² Este acórdão e outros do TEDH adiante referidos em texto podem ser encontrados no sítio da *internet* <<http://www.echr.coe.int>>.

ainda que o Estado não associe ao silêncio consequências jurídicas desfavoráveis que traduzam afinal formas *indiretas* de coação para colaborar na investigação criminal. E aqui surge o primeiro foco de tensão entre o princípio *nemo tenetur* e o tratamento jurídico-processual da criminalidade económico-financeira: nestes segmentos da fenomenologia criminal, o legislador acolhe com alguma amplitude mecanismos *processuais* cujo étimo reside precisamente na pressão exercida sobre o arguido para obter a sua colaboração probatória. Serve de exemplo a atenuação especial da pena de que beneficia ou pode beneficiar quem «auxilie concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação e captura de outros responsáveis»³. É manifesto que não pode gozar deste tratamento punitivo privilegiado o arguido que exerça o seu direito ao silêncio; o incentivo «premial» supõe, portanto, o abandono de posições jurídicas erigidas *ex professo* para proteção da liberdade de declaração das pessoas investigadas⁴. E pior: aquele que pretenda aceder ao «prémio» contribuindo para a incriminação de outros responsáveis dificilmente poderá fazê-lo sem revelar a sua própria implicação nos factos investigados⁵.

São ainda mais problemáticas as soluções avançadas no plano do direito *substantivo* para debelar as dificuldades enfrentadas pelos Estados na investigação da criminalidade económico-financeira: referimo-nos à «perda alargada de bens» e à (para já, frustrada) incriminação do «enriquecimento ilícito ou injustificado», ambas assentes na imposição ao arguido do ónus de provar a origem lícita de determinados bens e na correspondente violação da sua presunção de inocência — sob pena do seu confisco (na primeira situação) ou de punição pela prática de crime (na segunda). Estes são, todavia, tópicos que apenas deixo enunciados por não constituírem, hoje, o núcleo das minhas preocupações⁶.

³ A fórmula é usada, com variações textuais ligeiras, para prever hipóteses de atenuação especial da pena, obrigatória ou facultativa, nos crimes de corrupção (art. 374.º-B, n.º 2, al. a), do CP) ou branqueamento (art. 368.º-A, n.º 9, do CP), no peculato, na participação económica em negócio e nas infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (art. 8.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro). Em pormenor sobre esta e outras soluções premiais, veja-se, neste mesmo volume, Nuno BRANDÃO, «Delação premiada», pp. [999999999].

⁴ Com esta conclusão, também Stefan KIRSCH, «¿Derecho a no autoinculparse?», in: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, 1999, p. 262.

⁵ Poderia sempre dizer-se que com a «legislação premial» não se trata afinal de *prejudicar* o arguido que se recuse a incriminar terceiros (possivelmente autoinclinando-se), mas só de *deixar de o favorecer* negando-lhe o acesso à atenuação especial da pena. Sob esta afirmação, aparentemente clara, ocultam-se importantes dificuldades: ainda que a falta de colaboração não redunde na aplicação de um *plus* sancionatório, a redução da pena aplicada ao arguido colaborante corresponde, *no reverso da moeda*, à punição mais severa do que se mantém em silêncio. A possibilidade de atenuação da pena em caso de colaboração funciona, assim, como uma forma (indireta) de coação para declarar não menos efetiva do que a punição agravada em caso de silêncio: o efeito do «prémio» atribuído a quem colabora é sentido de igual forma, mas em sentido inverso (como uma punição), por quem não o faz (cf. Torsten VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, München: C.H. Beck, 2001, p. 52).

⁶ Sobre o tema, com ulteriores indicações bibliográficas, cf. Sandra OLIVEIRA E SILVA, «Da corrupção ao enriquecimento ilícito: o alargamento do tipo incriminador como forma de

Por se tratar de matéria que já foi proficientemente discutida no decurso das Jornadas, não me alongarei também sobre as fricções entre o *nemo tenetur* e a utilização de métodos ocultos de investigação (escutas telefónicas, apreensão de correio eletrónico, agentes encobertos, etc.)⁷. Mas se aceitarmos que a proibição de engano integra o núcleo essencial da garantia contra a autoincriminação, não poderemos deixar de reconhecer as dificuldades acrescidas de legitimação destes meios preordenados a obter manifestações autoincriminatórias que os visados não produziram se não estivessem em erro sobre a confidencialidade das suas comunicações, quer dizer, se soubessem que as suas conversas eram interceptadas ou que o seu interlocutor era um agente policial disfarçado. São, por isso, mecanismos que se encontram perigosamente na fronteira do engano (as autoridades aproveitam-se do erro em que o declarante labora ou, no caso dos agentes infiltrados, induzem ativamente esse erro para obter provas autoincriminatórias), constituindo, nessa medida, possíveis irritações ao *nemo tenetur se ipsum accusare*⁸.

II. DEVERES DE COLABORAÇÃO E DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

1. Sem prejuízo dos aspetos que apenas referi para deixar sem tratamento nesta sede, o direito à não autoincriminação vigora nos processos por crimes económico-financeiros com a exata extensão e amplitude que lhe é reconhecida nos [chamemos-lhes assim por facilidade de expressão] delitos «comuns». Significa isto, muito concretamente, que o arguido não pode, *no decurso do processo penal*, ser coagido ou induzido mediante engano a colaborar para a própria condenação. E quanto às informações e documentos que a pessoa mais tarde constituída arguida tenha sido obrigada a facultar às autoridades antes de iniciado o inquérito criminal? Poderão as formas de coação *exteriores ao processo penal* projetar-se nele como provas autoincriminatórias livremente valoráveis? Ou existirão, também nesse caso, limites à valoração?

contornar dificuldades probatórias?», in: *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de língua portuguesa* (org. Cândido da Agra e Marcus Alan de Melo Gomes), Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 634-644.

⁷ Consultem-se, neste número, os estudos de Susana AIRES DE SOUSA, «Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira», pp. [99999999], João GOUVEIA DE CAIRES, «Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a cumulação», pp. [99999999], e Sónia Fidalgo, «Prova digital e criminalidade económico-financeira», pp. [99999999].

⁸ Para esta conclusão, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, «"Bruscamente no Verão passado", a reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ* 137 (2008), pp. 277-278, e, do mesmo autor, «Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral)», in: *Que futuro para o Direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português* (coord. Mário Ferreira Monte et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 532, 544.

A discussão tem sobretudo em vista os plúrimos deveres de colaboração com que os particulares são onerados nos chamados «regimes regulatórios», orientados sobretudo por finalidades de regulação ou organização (não repressivas ou sancionatórias). Pense-se, de forma arquetípica, no direito estradal, mais interessado na garantia da segurança rodoviária do que na punição das condutas. Pense-se, ainda, no direito tributário, que não visa propriamente a investigação de eventuais infrações, mas a obtenção de receitas e a justa repartição da riqueza. Pense-se, por fim e no que aqui particularmente releva, nos diversos domínios de intervencionismo estadual que formam o «direito administrativo da economia» (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*), em que avulta a defesa da concorrência, a proteção de garantias sociais mínimas no domínio laboral e a regulação económica em setores de interesse público como a atividade bancária ou dos seguros, o mercado de valores mobiliários, a saúde, o fornecimento de energia elétrica, etc.

2. Nestes setores de atividade, que envolvem em regra «condutas de massas» (*Massenhandlungen*) ou operações financeiras sofisticadas e complexas, o cumprimento das funções de vigilância e controlo atribuídas às autoridades não se compadece com a mobilização dos recursos típicos do processo penal (as revistas, as buscas), tornando imprescindível a colaboração das próprias pessoas ou entidades fiscalizadas, a quem são impostos deveres de informação, registo, conservação, exibição e entrega de documentos⁹. Deveres esses cuja efetividade o legislador cauciona com a cominação de *coimas* avultadas em caso de incumprimento¹⁰, chegando mesmo a tipificar

⁹ A título meramente ilustrativo, merecem referência, em *matéria tributária*, as obrigações acessórias de «apresentação de declarações», «exibição de documentos fiscalmente relevantes» e «prestação de informações» (art. 31.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária [LGT]) ou «prestação de esclarecimentos (...) sobre a sua situação tributária (...) [e] as relações económicas que mantenham com terceiros» (art. 59.º, n.º 4, da LGT); nos setores sujeitos a *supervisão financeira*, as prerrogativas atribuídas à Comissão de Mercado de Valores Mobiliários [CMVM] e ao Bando de Portugal [BdP] de «exigir quaisquer documentos e informações» (art. 361.º, n.º 1, al. a), do CVM) ou «solicitar a quaisquer pessoas ou entidades todos os esclarecimentos, informações, documentos, (...) necessários às averiguações ou à instrução dos processos da sua competência» (art. 215.º, n.º 3, do RGICSF); na regulação da *concorrência*, os poderes da Autoridade da Concorrência [AdC] de «proceder à inquirição de quaisquer pessoas» e «solicitar documentos e outras informações a empresas ou quaisquer pessoas» necessários ao exercício de funções de supervisão (art. 43.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico da Concorrência [RJC]), bem como de «interrogar a empresa e demais pessoas envolvidas» e «solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação» no âmbito dos poderes sancionatórios (arts. 15.º e 18.º, n.º 1, al. a), do RJC) e, ainda, no decurso de inspeções e auditorias, a possibilidade de «inspecionar os livros e outros registos», «obter (...) cópias ou extratos dos documentos controlados» e «solicitar a qualquer representante legal (...) esclarecimentos sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da auditoria» (art. 64.º, n.º 3, als. b), c) e d), e n.º 4, do RJC).

¹⁰ Usando os exemplos *supra*, refira-se, em *matéria tributária*, a contraordenação punível com coima que pode ascender a € 150 000 em caso de recusa de entrega, exibição ou apresentação de escrita e outros documentos fiscalmente relevantes (cf. arts. 26.º, n.º 4, e 113.º do Regime Geral das Infrações Tributárias [RGIT]); no *domínio da supervisão*, a contraordenação punível com coima no valor máximo de € 1 500 000 por omissão de informações e comuni-

algumas condutas renitentes como *infrações criminais* autónomas ou como *circunstâncias agravantes* de outros crimes¹¹.

Por outro lado, a finalidade essencialmente reguladora destes regimes não ilude a circunstância de se estar perante campos férteis de previsão de ilícitos contraordenacionais ou criminais destinados a assegurar a vigência e efetividade das suas prescrições substantivas (o pagamento atempado dos tributos devidos, o respeito pelas regras da concorrência, etc.). E, embora sejam concebíveis modelos de separação, entre nós as entidades competentes para o exercício dos poderes de supervisão, inspeção ou fiscalização têm também, na maioria dos casos, competências sancionatórias ou, pelo menos, de averiguação preliminar e instrução de processos contraordenacionais, não tendo o legislador estabelecido qualquer obstáculo à *comunicação ou circulação probatória* dos elementos recolhidos à custa da colaboração coativa dos visados¹².

cações devidas ao BdP, a sua não prestação atempada e a prestação de informações incompletas (art. 210.º, al. i), do RGICSF), bem como a contraordenação grave, punível com coima até € 2 500 000, por incumprimento de ordens ou mandados legítimos da CMVM que sejam transmitidos por escrito e, se o incumprimento persistir após nova notificação, a contraordenação muito grave, punível com coima máxima de € 5 000 000 (arts. 388.º, n.º 1, e 399.º do CVM), regime sancionatório igualmente aplicável à «prestação de informação à CMVM que não seja completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita ou a omissão dessa prestação» (art. 389.º, n.º 1, al. c), do CVM); finalmente, no *regime jurídico da concorrência*, a contraordenação, punível com coima que pode ir até 1% do volume de negócios do ano anterior para as pessoas coletivas, nas hipóteses de «não prestação ou prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a um pedido da AdC» (arts. 68.º, n.º 1, als. h) e i), e 69.º, n.ºs 3 e 6, do RJC), bem como a não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício dos seus poderes de solicitar documentos ou pedir informações (art. 68.º, n.º 1, al. j), do RJC).

¹¹ Como sucede, respetivamente, *no âmbito do CVM e do RGIT*, o primeiro mandando aplicar as penas previstas para o crime de desobediência a «quem se recusar a acatar as ordens ou mandados» (de exibição de livros, de prestação de informações...) emanados pela CMVM no exercício «das suas funções de supervisão» (art. 361.º, n.º 1, al. a), do CVM) e o segundo agravando as penas previstas para a fraude fiscal ou contra a segurança social se o agente se recusar a «entregar, exhibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros documentos ou elementos probatórios exigidos pela lei tributária» (art. 104.º, n.º 1, al. d), e 106.º, n.º 3, do RGIT).

¹² Se as diligências adotadas no *procedimento administrativo tributário* revelarem indícios de contraordenação, os elementos existentes são juntos ao processo contraordenacional da competência do Fisco (cf. arts. 67.º e 80.º, n.º 1, do RGIT); se houver indícios de crime, as informações são transmitidas ao órgão da administração tributária competente e ao Ministério Público (cf. arts. 35.º, 40.º e 50.º da RGIT). Não se prevê em qualquer destas hipóteses limites à utilização e valoração para fins sancionatórios das informações e elementos apresentados pelo contribuinte no cumprimento dos seus deveres de colaboração. É idêntica a situação no domínio do *mercado de valores mobiliários*. A CMVM cumula competências de supervisão e de processamento de contraordenações, cabendo-lhe ainda conduzir averiguações preliminares por suspeita de crimes de abuso de informação ou manipulação de mercado (arts. 382.º, n.º 1, 383.º e 408.º do CVM). Sucede que, além de não estabelecer qualquer limite à comunicação ou circulação dos elementos probatórios entre processos de espécie diferente, o legislador prevê a existência de deveres de colaboração no seio dos próprios processos contraordenacionais e de averiguações (art. 385.º, n.º 1, al. a), do CVM), mandando transmitir à autoridade judiciária competente os elementos que durante esta fase sejam (coativamente) recolhidos (art. 386.º do CVM). Com ligeiras modificações, assiste-se a panorama similar no âmbito do RGICSF e do RJC.

Por fim, não está excluído que as informações e documentos que os agentes económicos foram obrigados a facultar às autoridades revelem *fortuitamente* retalhos de informação sobre *outras* infrações cometidas pelo obrigado e cuja incriminação em nada contenda com os propósitos inerentes àquele concreto regime regulatório. Imagine-se a situação do contribuinte que, obrigado a entregar documentos relativos aos seus rendimentos, facultya às autoridades elementos indiciadores da prática dos crimes que estiveram na origem da riqueza não declarada — corrupção ou peculato, tráfico de drogas ou de armas, lenocínio, tráfico de pessoas ou mesmo homicídio (trata-se de um assassino a soldo, p. ex.).

Em face destas normas, que não excluem (e até promovem) a utilização dos elementos prestados pelo obrigado à colaboração como prova das infrações por ele cometidas, ocorre perguntar: a prerrogativa contra a autoincriminação é afastada se estiverem em causa infrações fiscais ou cometidas nos setores sujeitos a supervisão ou regulação? Sendo a resposta negativa, importa averiguar de que forma a utilização dos elementos fornecidos no cumprimento de deveres de colaboração pode ainda compatibilizar-se com o *nemo tenetur se ipsum accusare*¹³.

III. DEVERES DE COLABORAÇÃO E DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: POSSÍVEIS VIAS DE SOLUÇÃO

A análise que importa levar a cabo assenta numa decisiva «redução da complexidade», que se traduz na aceitação como hipótese de trabalho de

¹³ É já quase inabarcável a literatura nacional sobre este problema específico; seja-nos permitido destacar os estudos de Augusto SILVA DIAS, «O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários», *RC&R* 1 (2010), pp. 237-265; Frederico de LACERDA DA COSTA PINTO, «Supervisão do Mercado, Legalidade da Prova e Direito de Defesa em Processo de Contra-Ordenação (parecer)», in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, pp. 57-125; Helena BOLINA, «O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado dos valores mobiliários», *RC&R* 11/12 (2012), pp. 383-427; Jorge de FIGUEIREDO DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (parecer)», in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pp. 11-61; Liliãna SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *RMP* 107 (2006), pp. 121-163; Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário — ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)», *RLJ* 144 (2014), pp. 121-158; Nuno BRANDÃO, «Colaboração com as entidades reguladoras e dignidade penal», *RPCC* 2014, pp. 29-55; Paulo de Sousa MENDES, «O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência», *Julg* 9 (2009), pp. 11-28, e, do mesmo, «A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores nos mercados financeiros», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (org. José de Faria Costa et al.), II, Coimbra: Universidade de Coimbra — Instituto Iuridico, pp. 587-611; Sandra OLIVEIRA E SILVA, «*Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: das (in)ludíveis antinomias à harmonização (possível)», in: *Estudos em homenagem Costa Andrade*, II, cit., pp. 873-881; e Vânia COSTA RAMOS, «*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa», *RC&R* 1 (2010), pp. 175-198.

dois enunciados não completamente estabilizados. Por um lado, darei como assente a aplicabilidade da prerrogativa em matéria contraordenacional, tendo em conta que são dessa natureza quase todas as infrações tipificadas nos setores normativos a que nos vimos referindo (com ressalva dos crimes tributários e dos crimes de manipulação de mercado e abuso de informação privilegiada)¹⁴. Por outro lado, aceitarei como ponto de partida provisório a extensão do direito à não autoinculpação às pessoas coletivas arguidas (tendo em conta que os ilícitos tipificados nestes setores são cometidos sobretudo por entes jurídicos empresariais, sendo eles igualmente os destinatários privilegiados dos deveres de colaboração)¹⁵.

¹⁴ A doutrina e a jurisprudência nacionais aceitam sem grandes dificuldades esta proposição, apesar de ela não ser imposta pelo artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa [CRP]. Em favor da extensão da prerrogativa contra a autoincriminação às contraordenações abona o conceito autónomo de «acusação criminal» (*criminal charge*) formulado pelo TEDH nos casos *Engel e outros v. Holanda* (1976), *Öztürk v. Alemanha* (1984) e *A.P., M.P. e T.P. v. Suíça* (1997). Não foi, de resto, irrefletida a escolha da fórmula (mais ampla) «direito à não autoinculpação» para dar título à obra de Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009 (veja-se, a este propósito, a p. 19, n. 37, e a p. 22); cf. também Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (anotação)», cit., p. 130.

¹⁵ Sobre o problema, vide, entre nós, Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação...*, cit., pp. 39-43; em geral, sobre o estatuto processual da pessoa coletiva arguida, cf. Carlos Adérito TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual — ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal», *Revista do CEJ* 8 (2008), pp. 99-166, Germano MARQUES DA SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», in: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, cit., pp. 789-803; e, neste volume, Maria João ANTUNES, «A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida», pp. [99999999]. No direito comparado, a questão da invocabilidade do direito à não autoincriminação pelos entes jurídicos é tudo menos pacífica. O Supremo Tribunal Federal norte-americano restringe, desde há muito, a aplicação da *self-incrimination Clause* às pessoas naturais (as únicas a quem se referiria o sintagma «*no person*» contido na V Emenda da Constituição: «*no person [...] shall be compelled to be a witness against himself*»). A «*entity exception*» ou «*collective entity rule*» estaria, aliás, em consonância com a compreensão das pessoas coletivas como «ficcões ou criaturas do Estado», enquanto tal sujeitas ao seu «amplo poder regulatório», quer dizer, ao «direito reservado» dos poderes públicos de fiscalizar a sua atuação e evitar que «excedam os seus poderes» (neste sentido, Wayne LAFAVE [et al.], *Criminal Procedure*, I, 3rd Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2007, p. 301, e Kenneth BROUN (ed.), *McCormick On Evidence*, I, 6th Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006, p. 581). Seguindo porventura o exemplo do seu congénere norte-americano, também o Tribunal Constitucional alemão, em decisão de 26/02/1997, recusou estender a liberdade contra a autoincriminação aos entes coletivos, com o argumento de que um princípio fundado na dignidade humana e no direito geral de personalidade deverá pertencer em exclusivo às pessoas naturais (BVerGE 95, 220 (241-2)); concordante com esta jurisprudência, v. Klaus ROGALL, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung mit GVG und EMRK* (hrsg. v. Jürgen Wolter), II, 4., Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Vor § 133, nm. 155 (doravante citado SK-StPO⁴/NOME DO COMENTADOR); favoráveis à extensão do *nemo tenetur* às pessoas coletivas, cf. Nadine QUECK, *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, (esp.) pp. 203-232 e 306-312, Lutz EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, pp. 5-58, e Daniela KLEINHEISTERKAMP, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren: zur Bedeutung des “nemo-tenetur“-Prinzips für das bankaufsichtliche Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, pp. 388-442 (esta referindo-se apenas à proteção

a) Os caminhos trilhados pela jurisprudência pátria: em especial, a concordância prática. Crítica

1. Na jurisprudência portuguesa, têm-se consolidado a este respeito duas correntes de decisão. Uma, firmada no domínio da concorrência, faz eco do critério formulado em *Orkem v. Comissão* (1989) pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (agora, da União Europeia), que considera admissível a imposição às empresas dos deveres de fornecer «informações factuais» e de entregar «documentos preexistentes» a elas respeitantes, desde que das respostas não resulte a admissão de uma infração (§§ 34, 35)¹⁶. A outra, reportada ao domínio da regulação financeira, recorre ao pensamento da ponderação e da concordância prática para aferir em concreto sobre a conformidade constitucional da previsão de deveres de colaborar e a subsequente valoração dos elementos recolhidos¹⁷.

A via da concordância prática tem sido igualmente trilhada pelo Tribunal Constitucional, nas oportunidades que teve para se pronunciar sobre a compatibilidade entre deveres de colaboração e direito à não autoincriminação, a saber: nos Acórdãos n.ºs 461/2011 (relativo à concorrência), 340/2013 (referido ao direito tributário) e 360/2016 (no âmbito da regulação financeira)¹⁸. Em cada um destes arestos, foi tida como constitucionalmente legítima quer a imposição de deveres de colaboração para fins de supervisão ou inspeção, quer a ulterior utilização probatória em processo penal ou contraordenacional dos elementos obtidos (sendo que na hipótese por último referida, a intimação para a entrega de documentos fora feita já depois de haver notícia de ilícito).

reflexa de que beneficiam as «empresas» em virtude do direito de recusa de informação reconhecido às pessoas físicas que as compõem).

¹⁶ Em *Mannesmannröhren-Werke v. Comissão* (2001), o Tribunal de Primeira Instância reiterou que esta obrigação de colaboração não é violadora das garantias de defesa ou do direito a processo equitativo porque «nada impede o destinatário de demonstrar mais tarde (...) que os factos constantes das suas respostas ou dos documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão» (§ 78). A linha jurisprudencial inaugurada nestes arestos foi aprofundada mais tarde nos casos *Limburgse Vinyl Maatschappij e o. v. Comissão* (2002) e *Tokai Carbon e o. v. Comissão* (2004) e as suas aquisições principais cristalizadas no Considerando n.º 23 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002. Os textos normativos produzidos pelos órgãos da União Europeia e a jurisprudência dos seus tribunais podem ser consultados, em língua portuguesa, no sítio da *internet* <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>>.

¹⁷ Curiosamente, ambas as correntes de entendimento provêm do mesmo Tribunal: a Relação de Lisboa [TRL], a quem cabe conhecer, em recurso de segundo grau, das decisões proferidas pela AdC, pela CMVM e pelo BdP (a par de outras entidades administrativas independentes). A dissonância surge estranha, mas encontra uma explicação nada exotérica: num caso, a *ratio decidendi* do Tribunal repousa, como se disse, na jurisprudência dos Tribunais da União Europeia; no outro, encontra o seu referente em dois importantes pareceres versando a matéria da supervisão financeira lavrados a propósito da sentença de 11/01/2008 do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa e acolhidos no acórdão que sobre ela incidiu, proferido pelo TRL em 30/10/2008, esses pareceres, um subscrito em coautoria por Figueiredo Dias e Costa Andrade e o outro de Frederico Costa Pinto, referidos *supra* (n. 13).

¹⁸ Os Acórdãos do Tribunal Constitucional citados podem ser encontrados em <www.tribunalconstitucional.pt>.

É também este o caminho que colhe os favores da maioria da doutrina, que recorre à dogmática das *restrições aos direitos fundamentais* para justificar o recuo da prerrogativa contra a autoincriminação, dando como cumpridas no setor da normatividade em apreço as exigências de legalidade da intervenção lesiva e da sua proporcionalidade em ordem à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2, da CRP)¹⁹.

2. Colocam-se, todavia, duas dificuldades a este entendimento.

A primeira resulta da inexistência, na maioria dos casos, de habilitação legal bastante a justificar o aproveitamento para fins sancionatórios dos elementos obtidos nos procedimentos administrativos de fiscalização. É que para assegurar a *legalidade* da restrição não basta a previsão normativa de deveres de colaboração para fins de supervisão ou regulação, sendo ainda necessária a existência de outras normas que, de forma autónoma e expressa, imponham idênticos deveres no próprio processo sancionatório ou, em alternativa, disciplinem os termos em que os elementos autoincriminatórios coativamente entregues no procedimento inspetivo ou fiscalizador podem ser valorados contra si num processo penal ou contraordenacional²⁰.

A segunda dificuldade, ainda mais importante, diz respeito à *proporcionalidade* da intervenção lesiva e prende-se com a improcedência metodológica de a concordância prática resolver o conflito entre direito à não autoincriminação e o interesse na realização da justiça. A aplicação da chamada «lei da ponderação» neste domínio redonda numa verdadeira aporia: dado que os critérios que tornam mais premente o interesse estadual na obtenção de informação incriminatória (a gravidade do crime investigado, a indispensabilidade da prova...) são precisamente os mesmos que tornam mais intensa a necessidade de tutela do arguido contra a autoincriminação (é mais grave a pena esperada, maior o efeito incriminatório da diligência, etc.), é impossível obter o ponto ótimo de equilíbrio que se espera da ponderação como critério de delimitação do concreto âmbito de operatividade de um direito fundamental²¹.

Senão, qual é o critério de proporcionalidade a atender no juízo sobre a admissibilidade de restrições? Se o crime for mais grave, a tutela dispensada ao *nemo tenetur* deve ser maior ou menor²²? Estas dificuldades não se levam-

¹⁹ Por todos, cf. Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação...*, cit., pp. 51-52.

²⁰ Nestes termos, Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (anotação)», cit., pp. 129-139 e 153-158.

²¹ Sobre a questão, mais amplamente, cf. Sandra OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 687-696.

²² Não causam surpresa as sensíveis dificuldades encontradas pelo TEDH no momento de aplicar os critérios da ponderação neste domínio: assim, se no caso *Jalloh C. Alemanha*

tam a propósito dos outros direitos fundamentais, que não têm o merecimento de tutela ligado à gravidade do crime imputado: p. ex., a intensidade da tutela a reservar ao direito à privacidade depende da maior ou menor proximidade (atênência) da informação à esfera nuclear da vida privada, seja qual for a gravidade do crime ou o alcance incriminatório da informação; donde, considerada uma determinada medida probatória (valoração de informações de saúde, p. ex.), quanto mais grave o crime mais legítima será a intromissão.

Parece-me, assim, que deve ser outro o caminho para compatibilizar a tutela contra a autoincriminação e a preservação de patamares mínimos de eficácia na perseguição penal: um caminho que passa necessariamente pela identificação de critérios precisos de delimitação, dentro dos quais deve ser reconhecida eficácia absoluta ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

b) O «Gemeinschuldner-Mechanismus» ou solução da proibição de valoração

1. Na Alemanha, a discussão sobre a compatibilidade com o *nemo tenetur* dos deveres extraprocessuais de informação e colaboração foi inaugurada pelo Tribunal Constitucional, em 1981, a propósito do chamado «caso da insolvência» (*Gemeinschuldner-Fall*). Embora tenha considerado materialmente justificada a imposição do dever de declarar com verdade no processo insolvencial, o Tribunal de Karlsruhe não deixou de advertir que esta normação teria de ser compensada com a proibição de aproveitamento no processo penal dos dados autoincriminatórios que o insolvente fora obrigado a fornecer²³.

A solução da proibição de valoração foi, entretanto, incorporada no § 97 I do Código da Insolvência (*InsO*)²⁴ e estendida pelas mãos da doutrina a

(2006) a reduzida «relevância do interesse público na investigação e punição do crime» levou o tribunal a qualificar como inadmissível a restrição do *privilege against self-incrimination* (a restrição do direito não se justificava porque a gravidade da infração e a pena aplicada eram reduzidas — estava em causa a condenação de um *dealer* de rua em seis meses de prisão suspensa), noutros acórdãos, em que se discutem simples contraordenações rodoviárias (com gravidade ainda menor, portanto), a reduzida severidade das infrações conduziu a que, pelo contrário, se considerasse justificada a restrição do direito à não autoincriminação (cf. *O'Halloran e Francis C. Reino Unido* (2007) e *Lückhof e Spanner C. Áustria* (2008)).

²³ «A simples circunstância de ser legítimo vincular o insolvente a um dever irrestrito de declaração no interesse dos seus credores não torna justificável — defende o Tribunal — que ele seja igualmente obrigado a contribuir para a sua condenação, nem que as autoridades beneficiem de possibilidades mais latas do que as outorgadas em outras hipóteses de perseguição penal». «O direito ao silêncio seria ilusório se uma declaração coativa de sentido autoincriminatório produzida fora do processo penal pudesse, contra a sua vontade, ser valorada contra ele para efeitos criminais» (*BVerGE* 56, 37 (50)).

²⁴ É a seguinte a redação atual do § 97 I *InsO* (deveres de informação e colaboração do insolvente): «1. O insolvente é obrigado a prestar ao tribunal, ao administrador de insolvência, à comissão de credores e, sob ordem do tribunal, à assembleia de credores, informações sobre todas as circunstâncias relevantes para o processo. 2. Ele tem que revelar também os factos suscetíveis de conduzir a uma perseguição por um crime ou contraordenação. 3. No entanto, as informações que o insolvente preste em cumprimento do prescrito em 1 só com a sua

outros domínios sob a designação imprecisa de «*Gemeinschuldner-Mechanismus*»²⁵. Tem igualmente feito curso entre nós, sobretudo pelas mãos de Costa Andrade²⁶.

Parece-me, todavia, que o problema não deve resolver-se por meio de uma indiscriminada proibição de valoração em todos os setores normativos que preveem deveres de colaboração. É certo que a realização dos fins do direito da insolvência pode ainda fazer-se à margem da eventual perseguição do insolvente por crimes falenciais que tenha cometido — importa é a rápida liquidação do património do insolvente e a sua distribuição pelos credores em condições de igualdade. Não custa também aceitar, no direito tributário, que a correção da situação tributária e a liquidação dos impostos em falta asseguram em certa medida a realização ou salvaguarda aos valores e interesses inerentes à previsão de deveres de colaboração, tornando comunitariamente aceitável a proibição de utilização para fins sancionatórios dos elementos incriminadores recolhidos²⁷. Há, todavia, outros setores normativos cujas finalidades específicas não podem ser asseguradas se não existir uma ameaça *real* de aplicação de sanções aos prevaricadores. Pense-se, a título de exemplo, na supervisão dos mercados financeiros ou na disciplina da concorrência, em que a possibilidade de os ilícitos administrativos serem sancionados pela entidade reguladora é penhor da efetiva realização das funções preventivas de controlo e fiscalização da regularidade da atuação dos agentes económicos (não se ignora que as irregularidades detetadas podem ser sanadas voluntariamente ou em cumprimento de recomendações vinculativas do supervisor, mas a eficácia destas vias seria sempre limitada na falta de expedientes sancionatórios). Nestes domínios, a utilização em processo penal ou contraordenacional (de alguns) dos elementos obtidos no procedimento de supervisão ou inspeção não poderá deixar de ter-se como indispensável à prossecução dos valores ou interesses encabeçados por esse concreto «regime regulado». E, nessa medida, a proibição de aproveitamento para fins sancionatórios dos elementos de conservação e entrega obrigatória tornaria inúteis os poderes de vigilância reconhecidos às autoridades administrativas: os indivíduos e entidades respeitadores das normas não precisariam de controlo e contra os prevaricadores não seria possível reagir²⁸.

autorização podem ser utilizadas num processo penal ou num processo contraordenacional contra o insolvente ou algum dos familiares mencionados no § 52 I StPO» [itálico, obviamente, nosso]. Sobre esta norma, cf. Markus BADER, «Das Verwendungsverbot des § 97 I 3 InsO», NZI 2009, pp. 416-420.

²⁵ Por todos, Klaus ROGALL, «Verbot des Selbstbelastungszwangs im Steuerstrafverfahren», NStZ 2006, p. 41, e SK-StPO⁴/ROGALL, Vor § 133, nm. 145. A generalização deste mecanismo foi potenciada pelo próprio Tribunal Constitucional, que o admitiu a respeito do direito tributário (cf. BVerG, NJW 2005, 352).

²⁶ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (anotação)», cit., pp. 142-158.

²⁷ Ainda assim, julgo ser de repudiar uma solução de total proibição de aproveitamento sancionatório dos elementos que o contribuinte tenha sido obrigado a facultar no âmbito do procedimento administrativo tributário (cf. Sandra OLIVEIRA E SILVA, «Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário...», cit., pp. 873-881).

²⁸ Neste sentido, cf. OVG Koblenz, NJW 1982, 1414.

IV. DEVERES DE COLABORAÇÃO E GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO: UMA PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO

1. Embora a resposta definitiva ao problema não dispense a consideração autónoma e individualizada dos múltiplos segmentos normativos cabíveis na expressão «regimes regulatórios», julgo ser possível definir um critério operativo de delimitação capaz de preservar a eficácia absoluta do *nemo tenetur* e, em simultâneo, assegurar a adequada salvaguarda dos interesses a que se dirige a previsão dos deveres de colaboração.

Noutra sede e com amplos desenvolvimentos, defendi que a garantia contra a autoincriminação deve ser perspetivada como instrumento de salvaguarda da autonomia do arguido na *revelação do seu conhecimento sobre os factos*, assegurando-lhe a decisão exclusiva sobre se e em que medida exterioriza ou transmite aos outros o «conteúdo da sua mente»²⁹. Posto em termos simples, isto significa que a eficácia do *nemo tenetur* se restringe às provas «comunicativas», nelas se incluindo não apenas as declarações orais ou escritas (que devem ser livres no momento da sua produção), como todas as demais modalidades de revelação do pensamento controladas pela vontade (o desenho, a pintura, a escultura, a música, a dança, etc.) e, bem assim, eventuais procedimentos técnicos de acesso aos conhecimentos probatórios do arguido sem o concurso da sua vontade (o polígrafo, a ressonância magnética funcional, o exame neurológico P300). A entrega de documentos preexistentes e redigidos de forma voluntária, apesar de ser na aparência um ato puramente físico, adquire também as mais das vezes uma *dimensão comunicativa própria*, traduzida na admissão da existência, localização e disponibilidade pelo visado dos elementos pretendidos³⁰.

Sendo assim, a prerrogativa contra a autoincriminação será violada sempre que o cumprimento dos deveres de colaboração reclame do visado a *revelação não desejada do seu conhecimento sobre os factos* — p. ex., se a pessoa ou entidade fiscalizada for obrigada a prestar quaisquer informações ou esclarecimentos (seja oralmente, seja por escrito) ou a entregar documentos preexistentes mas de existência e localização não concretamente conhecidas (comprovativos de transações que não se sabe, mas se suspeita, terem acontecido; extratos de contas bancárias que se acredita, sem se ter a certeza, estarem na titularidade do visado). Em contrapartida, já não contendem com o *nemo tenetur* os atos de apresentação de documentos preexistentes de existência e localização conhecidas — imagine-se que os inspetores tributários, no decurso de uma ação inspetiva, solicitam ao contribuinte que lhes exhiba determinada pasta com documentos *encontrada* nas instalações da empresa.

²⁹ Cf. Sandra OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, cit., pp. 696-715.

³⁰ Cf. Sandra OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo...*, cit., pp. 826-828.

Porque destituído de todo o conteúdo comunicacional, o ato (material/físico) de entrega da pasta (que as autoridades sabem existir e onde encontrar: é aquela que se vê na estante) constitui um mero sucedâneo da sua apreensão coerciva, não contendendo mais com o *nemo tenetur* do que esta medida probatória. Estando em causa documentos preexistentes, a interpretação que propomos do direito à não autoincriminação aproxima-se, pelo menos na sua formulação externa, da «*act-of-production doctrine*» introduzida pelo Supremo Tribunal Federal norte-americano a partir da decisão *Fisher v. United States* (1976)³¹.

2. Poder-se-ia pensar que este entendimento é incompatível com a jurisprudência do TEDH, que apenas exclui do âmbito da garantia contra a autoincriminação os «documentos obtidos em virtude de um mandado» (*Saunders v. Reino Unido* (1996)), mas já não os documentos facultados pelo contribuinte no cumprimento dos seus deveres de colaboração (cf. *Funke v. França* (1993), *J.B. v. Suíça* (2001))³².

A contradição é apenas aparente pois, apesar de nunca ter sido explicitamente assumida, a distinção entre documentos que se *sabe* existir e aqueles cuja existência apenas se *presume* perpassa todas as pronúncias do tribunal de Estrasburgo sobre a matéria. É paradigmática, nesse sentido, a decisão proferida em *Funke* que censura o recurso às injunções de entrega como expediente para obter documentos que as autoridades alfandegárias «*supunham existir, mas de cuja existência não estavam certas*» e «*não estavam na disposição ou não tinham condições de obter por outro meio*» (§ 44). É-o também o caso *J.B. C. Suíça* que contrapõe a entrega coativa de documentos relativos a investimentos e outras operações financeiras não declara-

³¹ Na linha da dicotomia entre «*testimonial*» e «*real or physical evidence*» (definida pela primeira vez no caso *Schmerber v. California* (1996)), o *Supreme Court* sublinhou que a entrega de documentos preexistentes configura um ato puramente físico não cabível no âmbito de tutela do *privilege against self-incrimination*. A decisão *Fisher* não deixou, todavia, de reconhecer que o próprio ato-de-entrega (*act-of-production*) pode ter «*aspetos comunicativos próprios*», em que se destaca a admissão tácita de que «*os papéis pretendidos existem*», «*estão na posse ou sob o controlo*» do visado e «*são os descritos na notificação*» (*Fisher*, 425 U.S. 391, 410 (1976)). E essa dimensão comunicativa do ato-de-entrega pode justificar a invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, se — e apenas se — a existência e concreta localização dos documentos não constituírem um «*dado adquirido*» ou uma «*conclusão antecipada*» (*foregone conclusion*) (*Fisher*, 425 U.S. 391, 411 (1976)), vale dizer, se as autoridades não conseguirem identificar os documentos pretendidos com «*razoável especificidade*» (*reasonable particularity*) (*United States v. Hubbell*, 167 F.3d 552, 579 (1999), *aff'd*, 530 U.S. 27 (2000)). Sobre a «*act-of-production doctrine*» e as decisões que se lhe seguiram, cf. Wayne L'FAVE [et al.], *Criminal Procedure* III, cit., pp. 317 e ss., Lance COLE, «*The Fifth Amendment and compelled production of personal documents after United States v. Hubbell*», *American J. Crim. L.* 29, 2 (2002), 123-192, e Thomas K. WEDELES, «*Fishing for clarity in a Post-Hubbell world: The need for a bright-line rule in the self-incrimination Clause's act of production doctrine*», *Vanderbilt L. Rev.* 56 (2003), pp. 613-652.

³² Com uma interessantíssima análise destes acórdãos, cf. Joana COSTA, «*O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*», *RMP* 128 (2011), pp. 117-183.

das (eles podem nem sequer existir) à obrigação de apresentação de um tacógrafo no controlo de infrações rodoviárias (cuja instalação nos veículos pesados é legalmente obrigatória), esclarecendo que, ao contrário da segunda, a primeira hipótese não envolve «elementos com uma existência independente da vontade da pessoa visada» (§§ 65-68).

A formulação usada neste último aresto espelha, de resto, um *conceito normativo de certeza sobre a existência*, assente na ficção de que existem todos os documentos imprescindíveis à realização dos fins específicos da disciplina ordenadora em apreço (e cuja conservação seja, por isso, legalmente obrigatória). Um conceito normativo cujas potencialidades aplicativas transcendem o domínio das infrações rodoviárias para se estenderem a todos os «regimes regulatórios», quer dizer, a todos os segmentos da vida social em que a disciplina normativa tem finalidades primaciais de regulação ou organização. E um conceito que permite dissolver a aparente «quadratura do círculo» representada pela necessidade de preservar a vigência absoluta e irrestrita do *nemo tenetur*, sem comprometer patamares mínimos de realização dos fins imanentes ao concreto sistema regulador (também pela via sancionatória, se tal se mostrar indispensável).

Com efeito, já ninguém põe em dúvida a legitimidade da imposição de deveres de registo e conservação de determinados documentos, nem das coimas ou penas criminais previstas para a recusa da sua exibição ou entrega às autoridades de fiscalização — numa sociedade massificada e complexa, esses deveres de registo, conservação, exibição e entrega de documentos são indispensáveis às atividades de regulação e supervisão e, nessa medida, à própria realização dos valores e interesses inerentes à previsão dos respetivos regimes jurídicos³³.

Pela nossa parte, acrescentamos apenas que, estando em causa documentos legalmente obrigatórios, a natureza coativa da colaboração com as autoridades não deverá arrastar a proibição da sua valoração em processo sancionatório se for conservada a «conexão de sentido» com o núcleo de valores ou interesses públicos que presidem à sua obrigatoriedade — tudo se passando, do ponto de vista da prerrogativa contra a autoincriminação, como se as autoridades estivessem efetivamente certas de que o supervisionado tem em seu poder os elementos que, por lei, é obrigado a conservar. E também aqui é manifesta a afinidade com a jurisprudência do *Supreme Court* norte-americano que, por meio da «*required records doctrine*», exclui do âmbito do *privilege against self-incrimination* os livros e documentos que as pessoas ou entidades autorizadas a exercer uma atividade regulada pelo Estado são obrigadas a conservar e exibir às autoridades públicas³⁴.

³³ Por todos, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (anotação)», cit., pp. 135-136; na Alemanha, vide *SK-StPO*⁴/ROGALL, Vor § 133, nm. 149-150.

³⁴ A descrita «exceção» ao âmbito da prerrogativa foi enunciada pela primeira vez em *Shapiro v. United States* (1948), tendo sido reafirmada em *California v. Byers* (1971). Para que ela se verifique não basta a existência de uma prescrição formal a tornar obrigatória a entrega

Sendo assim, um documento de conservação e exibição obrigatória em ordem à regulação financeira poderá ser aproveitado para fins sancionatórios se (e apenas se) a sua utilização estiver circunscrita à prova de crimes iminentes a esse concreto regime regulador (chamemos-lhes infrações «intra-sistemáticas»). Esses mesmos documentos já não poderão, todavia, ser tidos como «legalmente obrigatórios» se perspetivados sob o prisma de valores ou interesses alheios àquele núcleo de interesses — como sucederia caso se pretendesse usar as informações obtidas no âmbito da supervisão financeira para a prova de um ato de corrupção que a pessoa visada haja praticado ou de qualquer outra infração «extrassistemática».

Sem prejuízo do que antecede, devem ser adotados mecanismos destinados a impedir o recurso às prerrogativas típicas dos procedimentos de fiscalização e controlo preventivo como mecanismo «normal» de instrução de processos sancionatórios nos setores regulados da economia. Na impossibilidade ou inconveniência de uma separação orgânica e funcional dos processos de inspeção preventiva e averiguação de infrações, a solução passa pela abertura do inquérito criminal ou do procedimento contraordenacional no momento em que surja a suspeita-inicial do cometimento de um ilícito, com a imediata constituição da pessoa investigada como arguida e o inerente reconhecimento da faculdade de recusar doravante toda a colaboração na recolha de prova. Surgida a suspeita de ilícito, a atividade probatória deve ser conduzida nos termos prescritos no Código de Processo Penal (e no Regime Geral das Contraordenações); só o cumprimento dos exatos formalismos legais do processo sancionatório confere às provas a «conotação de Direito» (*Rechtsskonnotation*) que torna legítima a sua valoração³⁵.

de documentos; é ainda necessário que as obrigações de registo e conservação de documentos tenham uma finalidade «essencialmente reguladora e não sancionatória»; se trate de registos e documentos que é habitual conservar no setor de atividade regulada em questão; e os papéis em causa tenham em si mesmos aspetos que os assemelhem a «documentos públicos». Sobre esta teorização, cf. Wayne LAFAVE [et al.], *Criminal Procedure*, III, St. Paul, Minn.: Thomson/West, 1999, pp. 309 ss., e Kenneth BROUN (ed.), *McCormick On Evidence*, I, cit., pp. 577-578.

³⁵ Cf. Sabine GLESS, «Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Aukunftspflichten — Konflikt und Lösungsansätze am Beispiel der Schweizer Finanzmarktaufsicht», in: *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag* (org. Christian Fahl et al.), Heilderberg: C.F. Müller, pp. 733-735. Com a mesma conclusão, mas socorrendo-se da dogmática do engano para fundamentar a proibição de valoração, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (anotação)», cit., pp. 141-142, e Augusto SILVA DIAS, O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações..., pp. 259-262.