

O ACÓRDÃO N.º 298/2019 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — UMA (BREVÍSSIMA) ANÁLISE METODONOMOLÓGICA E CRÍTICA

FLÁVIO SERRANO ROQUES*

SUMÁRIO: 1. Notas prévias. 2. Âmbito e objecto do Acórdão em análise. 2.1. O (mediato) caso-problema-concreto. 2.2. A interpretação normativa em crise. 2.3. A delimitação do caso-problema-normativo de constitucionalidade. 2.4. O sentido do juízo decisório. 3. As questões metodonomológicas suscitadas. 3.1. A ausência de norma expressa imediatamente mobilizável. 3.2. A relevância dos princípios normativos 3.3. A relevância da doutrina, uma pequeníssima aproximação ao direito comparado e a importância da jurisprudência dos tribunais europeus, em particular do TEDH. 3.4. O âmbito e a força vinculativa do precedente Acórdão n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional. 3.5. A formulação de ponderações judicativas — o juízo de proporcionalidade. 4. Síntese conclusiva com um brevíssimo apontamento crítico.

RESUMO: O presente artigo constitui uma reflexão em torno das diversas questões metodonomológicas suscitadas no Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional.

No presente estudo é, assim, feita uma análise metodonomológica e crítica de uma decisão judicativo-constitucional (o Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional). Partindo da respectiva fundamentação, procura-se examinar, compreender, descrever e sistematizar o percurso “caminhado” pelo decidente — no caso os juízes do Tribunal Constitucional que subscreveram o acórdão —, desde o confronto inicial com o problema, o momento da delimitação do problema, até à decisão final, procurando apurar, na medida do possível, se esta decisão, em face do modelo metódico adoptado, se mostra adequada, acertada, enfim, justa.

PALAVRAS-CHAVE: Metodonomologia; Juízo Decisório; Princípio Normativo; Precedente Jurisdicional; Privilégio Contra a Auto-Incriminação.

ABSTRACT: This article is a reflection on the various methodological issues raised

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (Lisboa). Investigador do CEAD – Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez.

O autor do presente artigo não segue as regras do novo acordo ortográfico.

around Judgment No. 298/2019 of the Portuguese Constitutional Court.

In this study, therefore, a methodological and critical analysis of a judicial-constitutional decision is made (Judgment No. 298/2019 of the Portuguese Constitutional Court). Based on the respective grounds, we seek to examine, understand, describe and systematize the path taken by the decision maker- in this case, the judges of the Constitutional Court who signed the judgment -, since the initial confrontation with the problem, the moment of delimitation of the problem, until the final decision, trying to determine, as far as possible, if this decision, in view of the methodical model adopted, appears to be adequate, correct, in short, just.

KEYWORDS: Methodology; Judicial Decision; Principle of Law; Judicial Precedent; Privilege Against Self Incrimination.

1. NOTAS PRÉVIAS

A abrir, uma primeira nota prévia de cariz eminentemente terminológico. Importa tornar claro, para melhor compreensão do sentido e do alcance deste trabalho, o que seja, na nossa visão das coisas, uma análise metodonomológica. Com efeito, a expressão aqui utilizada — *análise metodonomológica* - remete ao campo da metodologia jurídica ou, como tem vindo a propor FERNANDO José BRONZE, da *metodonomologia*¹.

Seguindo os ensinamentos do nosso Insigne Professor, a metodonomologia tem por “objecto fundamental a prático-normativamente racionalizada realização judicativo-decisória do direito”². A metodologia jurídica, ou metodonomologia, ocupa-se, pois, do caminho mental racionalizadamente percorrido pelo jurista decidente para atingir o objectivo de realizar adequadamente o Direito³. Procura-se, na metodologia jurídica, afirmemo-lo agora com ANTÓNIO CORTÊS, traçar fronteiras, definir “parâmetros e critérios que sem determinarem só por si o juízo jurídico o delimitam nas suas possibilidades e conduzindo, assim, à formação de *convicções decisórias ou científicas* que se possam considerar *racional e objectivamente fundadas*”⁴. Noutras palavras, a metodologia jurídica trata do conjunto de operações do intelecto ou do processo de reflexão e raciocínio mental que permitem pôr adequadamente um problema juridicamente relevante, carecido de solução, e desenhar e construir, em termos prático-normativamente adequados e, portanto, em termos justos, a decisão desse problema. Está, pois, em causa, na metodologia jurídica, a determinação, a elaboração, o afinamento, do denominado “modelo metódico-jurídico”⁵.

1 *Metodonomologia* é uma palavra compósita em que todos os segmentos que a compõem tem origem grega, a saber: *meta* + *odos* + *nomos* + *logos* = Caminho + objectivo + norma/lei/direito + racionalidade. Neste sentido, FERNANDO José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª edição (Coimbra: Gestlegal, 2019), 750.

2 FERNANDO José BRONZE, *Ibidem*, 749 e 750.

3 Cfr FERNANDO José BRONZE, *Ibidem*, 156.

4 ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, *Direito e Justiça - Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva, volume especial* (Lisboa: 2013), 43.

5 A. CASTANHEIRA NEVES, “Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais” *Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IURIDICA, Universidade de Coimbra* (Coimbra: Coimbra Editora, 1993), 9.

Dito isto, uma análise metodonomológica de uma decisão judicativa implica, nomeadamente, se bem observamos, examinar, compreender, determinar, sistematizar e descrever o percurso “caminhado” pelo decidente — no caso os juízes do Tribunal Constitucional que subscreveram o acórdão de que nos ocupamos —, desde o confronto inicial com o problema, o momento da delimitação do problema, até à decisão final. E mais. Integra também a avaliação do sentido da decisão, procurando apurar, na medida do possível, se esta, em face do modelo metódico adoptado, se mostra adequada, acertada, enfim, justa.

O percurso reflexivo terá de estar necessariamente vertido na fundamentação que sustenta a decisão⁶. A fundamentação, como é bom de ver, é o *roteiro essencialmente argumentativo* que nos ilumina quanto ao caminho (mental) trilhado pelo decidente até alcançar a decisão final, roteiro esse que nos permite compreender, além, obviamente, do próprio sentido da decisão, o modelo metódico ali adoptado. “A fundamentação deve procurar demonstrar que a solução a que se chegou é a mais justa ou correcta tendo em conta todos os factos, precedentes, normas e princípios do Direito”, diz-nos ANTÓNIO CORTÊS⁷. É esta fundamentação, este *roteiro essencialmente argumentativo*, que constituiu o objecto da análise metodonomológica.

Uma segunda nota prévia se impõe. O objecto do presente estudo é, como o título naturalmente antecipa, um acórdão do Tribunal Constitucional. E isto faz alguma diferença do ponto de vista metodonomológico, atentos os particulares poderes, as específicas competências e a singular natureza das intervenções do Tribunal Constitucional no quadro da organização judiciária portuguesa.

Nos termos do 221.º da Constituição da República Portuguesa (doravante apenas referida como CRP), o Tribunal Constitucional é “o tribunal

6 É bom recordar que os tribunais, no exercício das respectivas funções, têm, nos termos do artigo 215.º da Constituição, o dever constitucional de fundamentar as decisões. Os tribunais não podem, por isso, limitar-se a decidir, devem, também, fundamentar a decisão — para uma distinção entre os conceitos de *decidir* e *fundamentar* veja-se SARA M. RODRIGUES, “O dever de fundamentação das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência em Processo Sancionatório”, *JULGAR On Line* (2014), 4-6.

7 ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos princípios — Ensaio Sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdiccional* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010), 358.

ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional⁸, cabendo-lhe, em particular, conforme reza, por sua vez, o artigo 223.º, n.º 1 da CRP, a apreciação da inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas. Os artigos 277.º e seguintes da Lei Fundamental, sob a epígrafe “*garantia da constituição*”, dão o quadro normativo-constitucional do poder de fiscalização da constitucionalidade. Decorre deste quadro que o tribunal constitucional português tem poderes para apreciar a conformidade constitucional das normas em três planos distintos: o plano da fiscalização preventiva da constitucionalidade, o plano da fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade (por acção e por omissão) e o plano da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade. Estes três planos de apreciação da constitucionalidade das normas, implicam, por seu turno, *intervenções* cuja natureza é diversa, pois, como aponta Jorge REIS NOVAIS, “o Tribunal Constitucional (...) pode ser chamado a *pronunciar-se* sobre a inconstitucionalidade (fiscalização preventiva), a *declarar* (fiscalização sucessiva abstrata) e a *julgar* (fiscalização sucessiva concreta) a inconstitucionalidade das normas ou, ainda, a *verificar* a inconstitucionalidade da omissão das normas”⁹.

Como é bom de ver, para este trabalho interessa somente a intervenção do Tribunal Constitucional no plano da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Já atrás se antecipou que, neste plano, o Tribunal Constitucional é chamado a *julgar* a inconstitucionalidade de normas. Portanto, na fiscalização concreta da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional nunca é chamado a julgar directa e imediatamente litígios da vida real, nem tampouco a apreciar a conformidade constitucional de actos, decisões, administrativas ou judiciais, comportamentos, activos ou omissivos concretos, mesmo que lesivos de direitos fundamentais. A intervenção do Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, continua a ser ainda e *exclusivamente* de *controlo de normas* (incluindo

8 Esta norma é, no essencial, replicada no artigo 30.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto.

9 JORGE REIS NOVAIS, *O Sistema de Português de Fiscalização da Constitucionalidade — Avaliação Crítica* (Lisboa: AAFDL, 2019), 17.

interpretações normativas de normas), o que é, aliás, um verdadeiro traço distintivo do sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal¹⁰.

Isto para dizermos que o juízo de constitucionalidade é um juízo apenas e só sobre normas, sobre a conformidade constitucional de normas.

O tipo de problemas que o Tribunal Constitucional é chamado a julgar em recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade tem, por isso, se bem observamos, características algo diversas do tipo de problemas suscitados perante os tribunais comuns. Todavia não nos parece que essas diferenças sejam de tal forma intensas que permitam concluir que o juízo de constitucionalidade seja aqui apenas “um impertinente *ius in thesis* (a “interpretação abstrata da lei”) e não já um esclarecido *ius in hypothesis* (pelo “sentido jurídico que dela se” obtém por mediação do caso concreto)”¹¹. Esta é, contudo, uma questão — a das especificidades metodológicas do juízo de constitucionalidade em recurso de fiscalização concreta — que não cabe na economia do presente trabalho. Por ora importa somente acentuar que, também aqui, o exercício judicativo-decisório deve fazer-se tendo como ponto de partida o *caso-problema-concreto*. A diferença mais notória estará, pois, na circunstância de existir aqui como que uma tarefa prévia de *generalização*, no sentido de tipificação, do *caso-problema-concreto*, o que não pode deixar de implicar, naturalmente, partir desse *caso-problema-concreto*, compreendendo adequadamente a respectiva intencionalidade problemática.

Sublinhamos, portanto, que, mesmo no juízo concreto de constitucionalidade, a despeito das diferenças, o ponto de partida do exercício metodológico não poderá deixar de ser o *caso-problema-concreto*, embora generalizado, isto é, colocado como caso-tipo, como *hipótese normativa susceptível de verificação em diversos casos típicos*¹². Há, pois, uma menor proximidade relativamente ao *caso-problema-concreto*, mas ele — o caso — não pode deixar de ser, também aqui, o *prius* do exercício

10 Cfr. JORGE REIS NOVAIS, ob. cit., 51.

11 FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Metodologia do Direito* (Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020), 302.

12 Lançamos, precisamente, mão de uma formulação utilizada no Acórdão de que nos ocupamos. Esta questão da generalização do caso problema é bem evidente nesta decisão do Tribunal Constitucional.

metodonomológico, como, aliás, o Acórdão ilustra bem aquando da delimitação do objecto do recurso.

2. ÂMBITO E OBJECTO DO ACÓRDÃO EM ANÁLISE

2.1. O (MEDIATO) CASO-PROBLEMA-CONCRETO

O Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional¹³ foi extraído em um recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, tendo por objecto, no essencial, uma decisão do Tribunal da Relação de Guimarães proferida em processo criminal por crime de abuso de confiança fiscal na forma continuada (p.p. no artigo 105.º, n.ºs 1, 2 e 5 do Regime Geral das Infracções Tributárias) que confirmou a decisão de condenação da primeira instância¹⁴.

No caso concreto decidido pelas instâncias, estava em causa o que de seguida descrevemos. No decurso de um inquérito instaurado por factos relacionados com crimes fiscais, foram iniciadas e realizadas à margem do processo penal, por decisão da Autoridade Tributária e com o objectivo declarado de “obter provas” e “instruir o processo de inquérito”, que já decorria, três inspecções tributárias ao contribuinte¹⁵ visado naquele inquérito. No âmbito dessas acções inspectivas fiscais foram obtidos, ao abrigo do dever de colaboração do contribuinte com a administração fiscal, previsto no artigo 59.º n.º 4, da Lei Geral Tributária¹⁶, e sob ameaça da prática de infracções contraordenacionais em situação de não cumprimento desse dever de colaboração, variadíssimos documentos fiscalmente relevantes, entre eles, facturas e

13 Disponível para consulta no site www.tribunalconstitucional.pt e directamente acessível através do link <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190298.html>, consultado a última vez em 29/10/2020

14 Acórdão da Relação de Guimarães de 22.05.2017, extraído no âmbito do processo n.º 46/12.6DBRG.G1, publicado do site www.dgsi.pt, e directamente acessível através do link: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1d7a2ba9f20bfde58025813100340184?OpenDocument>, consultado pela última vez em 25/10/2020.

15 O contribuinte em causa era uma pessoa colectiva, mais concretamente um clube de futebol.

16 O não cumprimento deste dever de colaboração implica sanções, incluindo criminais.

recibos. Esta documentação determinou depois a instauração de três novos inquéritos criminais que, por sua vez, acabaram apensos aos autos daquele primeiro processo. Quer a primeira instância, quer o tribunal da Relação, consideraram válidas as provas documentais assim obtidas, provas essas que se afiguraram relevantes para sustentar a decisão de condenação, confirmada em 2.^a instância. Foi este acórdão da Relação que determinou, por sua vez, o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade que levou ao Acórdão de que nos ocupamos.

Delimitado, de modo sintético, o caso concreto, podemos então dizer que o âmbito genérico do Acórdão em análise é uma questão de constitucionalidade em processo penal tributário, pelo que estamos no domínio das relações entre a Constituição, o direito processual penal e o direito fiscal, e o respectivo objecto formal é uma decisão da Relação — *rectius*: uma interpretação normativa vertida numa decisão — que considerou válida e admissível como prova em processo penal a documentação fiscalmente relevante recolhida, ao abrigo do *dever de colaboração* do contribuinte, em acção inspectiva instaurada contra pessoa já visada em um processo criminal em curso pelos mesmos factos e paralelamente a esse processo criminal.

2.2. A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA EM CRISE

As instâncias decidiram admitir a prova, assim obtida, invocando, do ponto de vista legal, os artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 125.º e 126.º, n.º 2, alínea a), todos do Código de Processo Penal. Dessas normas retiraram as instâncias, no fundamental, a seguinte interpretação normativa: *os documentos fiscalmente relevantes obtidos ao abrigo do dever de cooperação previsto no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira e no artigo 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária por uma inspeção tributária realizada a um contribuinte, durante a fase de inquérito de um processo criminal pela prática de crime fiscal movido contra o contribuinte inspecionado e sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária competente, podem ser utilizados como prova no mesmo processo.*

Foi esta a interpretação normativa colocada em crise e que desencadeou o pedido de intervenção do Tribunal Constitucional.

2.3. DELIMITAÇÃO DO CASO-PROBLEMA-NORMATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Acórdão incluiu o problema de constitucionalidade no círculo de acção do princípio de direito processual penal conhecido pelo bocado latino *nemo tenetur se ipsum accusare*, isto é, o privilégio contra a auto-incriminação¹⁷. O Acórdão procurou, pois, responder à questão de saber se é conforme ao princípio constitucional de direito processual penal do *nemo tenetur* a interpretação segundo a qual *os documentos fiscalmente relevantes obtidos ao abrigo do dever de cooperação previsto no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira e no artigo 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária por uma inspeção tributária realizada a um contribuinte, durante a fase de inquérito de um processo criminal pela prática de crime fiscal movido contra o contribuinte inspecionado e sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária competente, podem ser utilizados como prova no mesmo processo.*

O Tribunal refere, no aresto, que o problema assoma numa zona de ligação, que é também uma zona de potencial conflito, entre dois ramos do direito autónomos e orientados por princípios de *sinais contrários*. Por um lado, o direito processual penal que conta no seu quadro principiológico fundamentante o princípio do *nemo tenetur*. Por outro lado, o direito fiscal, normativo-axiologicamente determinado, entre outros, pelo princípio da cooperação. Diz o Tribunal, no Acórdão, que há fortíssimos pontos de contacto entre o procedimento inspectivo fiscal e o processo penal tributário, contactos que, ao mesmo tempo e face às forças normativas

17 Pode ler-se no Acórdão, p. 11: *embora o recorrente sustente que tal interpretação é violadora de diversas normas constitucionais, nas alegações de recurso, (...), centra a sua argumentação na violação dos direitos do arguido ao silêncio e à não auto-incriminação — com diversas alusões ao Acórdão n.º 340/2013 —, tendo sido também com referência ao princípio nemo tenetur se ipsum accusare que a questão da constitucionalidade foi enquadrada quer na decisão ora recorrida, quer na sentença da primeira instância. Sem prejuízo da possibilidade de apreciar a norma em análise à luz de outros parâmetros constitucionais, justifica-se começar pelo indicado.*

de *sinhal contrário* que aqui emergem, potenciam, por seu turno, conflitos normativos¹⁸.

Este problema da admissibilidade como prova em processo penal de documentos e informações obtidas, ao abrigo de deveres de colaboração, no decurso de acções inspectivas, de fiscalização ou de supervisão, realizadas por entidades administrativas do Estado, quando considerado em termos genéricos — isto é, não relevando as especificidades próprias do caso do Acórdão — não é, evidentemente, um problema novo. Afigura-se ser, aliás, um problema largamente discutido, quer na doutrina quer na jurisprudência portuguesas¹⁹. É também uma problemática já bastas vezes analisada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH)²⁰.

Ainda assim, o aresto não deixa de desenhar, a traço forte, o conteúdo, a teleologia, a axiologia e o âmbito do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Começa o Acórdão por referir-se ao *conteúdo* do princípio, dizendo que o *nemo tenetur* integra duas dimensões, dois direitos: o *direito ao silêncio*, que

18 Pode ali ler-se o seguinte:

“No caso português, e diferentemente do que sucede no âmbito de outras ordens jurídicas — como, por exemplo, a alemã (cf. o § 393 da *Abgabenordnung*) —, vigora um *princípio de comunicabilidade* entre o procedimento de inspeção tributária e o processo penal tributário. Com efeito, um dos objetivos do procedimento de inspeção tributária é «a prevenção das infrações tributárias», pelo que a atividade inspectiva também compreende a «promoção, nos termos da lei, do sancionamento das infrações tributárias» (cf., respetivamente, os n.ºs 1 e 2, alínea i), do artigo 2.º do RCPITA; v. também a referência no n.º 3 do mesmo artigo às «infrações fiscais a investigar»). Por outro lado, o relatório da inspeção deve obrigatoriamente indicar as infrações verificadas e os autos de notícia levantados (cf. o artigo 62.º, n.º 3, alínea j), do RCPITA).

Acresce que o RGIT confere à Administração tributária, durante o inquérito, os poderes e funções que o CPP atribui aos órgãos e às autoridades de polícia criminal e presume delegada nos mesmos a prática de atos que o Ministério Público pode atribuir àquelas entidades no âmbito do CPP, independentemente do valor da vantagem patrimonial ilegítima (cf. os artigos 40.º, n.º 2, e 41.º, n.ºs 1, alínea b), e 2; v. também os artigos 55.º e 270.º, ambos do CPP). Ou seja, os órgãos da Administração fiscal são equiparados a órgãos de polícia criminal e atuam no inquérito sob a direção do Ministério Público e na sua dependência funcional (artigo 56.º do CPP). Por isso, podem instaurar o inquérito criminal, no exercício de tal delegação de poderes, devendo fazê-lo, em razão do princípio da legalidade, logo que adquiram notícia do crime; quando o fizerem, devem comunicar tal facto de imediato ao Ministério Público (cf. os artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 40.º, n.ºs 1 e 3).

Por outro lado, nos casos em que a notícia do crime não é adquirida por conhecimento próprio da Administração fiscal, a mesma é sempre informada da sua existência e, conseqüentemente, da instauração do inquérito (cf. o artigo 35.º, n.º 2, do RGIT).” — p. 21.

19 Veja-se a vastíssima bibliografia, incluindo estrangeira, e as referências jurisprudenciais sobre o problema indicadas por SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Deveres de Colaboração em Matéria Tributária”, *Prova Penal Teórica e Prática*, Coord. de Paulo Sousa Mendes e Rui Soares Pereira (Coimbra: Almedina, 2019), 79-82.

20 *Idem*.

tem consagração expressa na lei (artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal, com especificações nos artigos 141.º, n.º 4, alínea b), 343.º, n.º 1, 345.º, n.º 1) e até na Convenção Europeia dos Direitos humanos (artigo 6.º), e que se traduz no direito do arguido a não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, e o direito à não autoincriminação, um direito não expresso, mas uniformemente reconhecido quer pela doutrina quer pela jurisprudência (nacional e europeia), que implica o direito do arguido a não contribuir para a sua própria incriminação, por forma a não transformar o arguido em meio de prova por via de colaboração involuntária com recurso a meios enganosos ou coercitivos. Acrescenta o Acórdão, a este propósito, que há uma *correlação* entre este princípio (o *nemo tenetur*) e o próprio estatuto do arguido enquanto sujeito processual, face à fortíssima ligação à *liberdade de declaração*. O princípio respeita, pois, no entendimento do Acórdão, a uma dimensão negativa da liberdade de declaração: as contribuições probatórias do arguido devem ser livres e esclarecidas. Por isso, no que concerne à *teleologia* do princípio, visa ele assegurar a *autodeterminação do arguido* e, em última instância, garantir a plena efectividade do estatuto de sujeito processual ao arguido, evitando, ao mesmo tempo, transformar o arguido em mero instrumento de prova involuntária contra si próprio.

Quanto à *axiologia*, ao fundamento normativo do próprio princípio, no entendimento do Tribunal, o *nemo tenetur* decorre directamente das garantias de defesa do arguido (artigo 32.º, n.º 1, da CRP) e está, embora mediatamente, associado ao próprio sentido do direito hoje, ao reconhecimento da pessoa com a sua predicativa dignidade, a dignidade humana²¹.

Depois, o Tribunal delimita no Acórdão o âmbito do princípio, identificando duas zonas de alcance: a zona que considera de *proteção nuclear*, integrada pelo direito ao silêncio, e *zonas de protecção periféricas*, onde vão incluídas, no entendimento do Tribunal, todas as formas de colaboração ou intervenção, ainda que mais instrumentais relativamente à produção de prova incriminatória (prestação de informações, entrega de documentos, etc.), zona esta que vai além das fronteiras do processo penal, quando o destinatário do pedido ou da exigência de colaboração é suspeito ou alguém que possa vir a ser constituído arguido (relevância pré-processual).

21 Acórdão n.º 298/2019, p. 13.

Finalmente, não deixando de notar que o *nemo tenetur* constitui uma *marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória*²², o Acórdão afirma, ainda assim, que este não é um princípio absoluto, pois admite alguma restrição, tanto dentro do próprio processo penal, como fora dele, dando ali como exemplos, a obrigatoriedade, em processo penal, de realização de exames que exijam colaboração do arguido mediante decisão judicial, e fora do processo penal, os deveres de colaboração, com sanções associadas, no domínio da regulação económica do Estado. A propósito das restrições, sublinha o Tribunal, como não podia deixar de ser, que nos *termos constitucionalmente exigíveis* (cf. o artigo 18.º da Constituição), *as mencionadas restrições devem estar previstas em lei prévia, de carácter geral e abstrato, respeitar o princípio da proporcionalidade e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional restringido*²³.

Com este mote, o Tribunal parte depois para a análise normativa dos *deveres de colaboração*, enquanto, no entendimento do Tribunal, mecanismos restritivos do *nemo tenetur* fora do processo penal, começando pelos deveres de colaboração em geral (isto é, pelos diversos deveres de colaboração nos vários domínios da regulação e supervisão de mercados), para depois centrar atenções no dever de colaboração no domínio estritamente fiscal. No essencial, o Tribunal considera no aresto que a existência, em geral, de deveres de colaboração, estando também legalmente respaldada, funda-se, desde logo, em *razões de interesse público* e de *eficiência da capacidade funcional das autoridades administrativas* que impõem *uma lógica de continuidade de actuação, de “vasos comunicantes”*, entre as duas dimensões da actuação administrativa, a de fiscalização/supervisão, por um lado, e a sancionatória, por outro²⁴. No Acórdão acrescenta-se, porém, que existe uma “limitação à restrição”, dita pelo princípio da boa-fé, na vertente da lealdade, que deve nortear toda e qualquer a relação administração/administrado: sempre que se dê início a uma actuação sancionatória, deverá isso ser *devidamente sinalizado* perante o visado, de modo a tornar evidente a *mudança de paradigma de relacionamento*, isto é, a passagem da dimensão meramente fiscalizadora à dimensão

22 *Idem.*

23 Acórdão n.º 298/2019, p. 14

24 *Idem.*

sancionatória. Permanecendo, em qualquer caso, intocável o direito ao silêncio, que o Tribunal considera ser o núcleo essencial do *nemo tenetur*.

Neste seu percurso argumentativo, o Tribunal centra depois atenções nas especificidades dos deveres de colaboração no domínio estritamente fiscal, não deixando, contudo, de reconhecer a existência de pontos semelhança entre a actuação da Autoridade Tributária e das demais entidades administrativas. Quanto às especificidades, acentua o Acórdão que a Autoridade Tributária, no domínio dos crimes fiscais, não pode aplicar a sanção e a sua actividade investigatória está sujeita à direcção do Ministério Público. Quanto ao fundamento normativo dos deveres de colaboração em matéria fiscal, já não são aqui apenas razões de eficiência a justificar a consagração de tais deveres, uma vez que o pagamento de imposto corresponde a um *dever fundamental autónomo* e o sistema fiscal visa garantir as necessidades financeiras do Estado. Tudo a fundamentar a necessidade de colaboração, a compressão de alguns direitos e o reconhecimento de deveres de colaboração como obrigações acessórias do contribuinte (cfr. artigo 31.º da Lei Geral Tributária).

Avançando na argumentação, o Acórdão convoca então para a discussão o precedente Acórdão n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional, concordando com duas conclusões ali então formuladas. A primeira, quanto aos riscos de transformar o procedimento inspectivo numa antecâmara do processo penal²⁵. A segunda, quanto ao reconhecimento de que o *nemo tenetur* deve ultrapassar a barreira formal do processo penal nomeadamente nestes casos de interacção, embora, diz-se no aresto, por estar numa zona *periférica*, a protecção decorrente o *nemo tenetur* tende a relativizar-se, cedendo mais facilmente em face de outros princípios, direitos ou interesses merecedores de tutela.

Nesta senda, na análise que faz ao âmbito do precedente Acórdão n.º 340/2013, o Tribunal formula duas conclusões metodologicamente relevantes. Numa primeira linha, conclui que os dois problemas de constitucionalidade integram o mesmo domínio material, qual seja, o de *apreciar a constitucionalidade das restrições do princípio for força do cumprimento do dever de colaboração legalmente previsto no âmbito do procedimento inspectivo*

25 O já muito discutido problema do pré-inquérito.

tributário. Numa segunda linha, no aresto ora em análise observou-se uma diferença, reputada essencial, entre os dois problemas de constitucionalidade colocados, em momentos diferentes, à apreciação do Tribunal. Enquanto no primeiro problema, apreciado no precedente Acórdão n.º 340/2013, os documentos foram obtidos no decurso de inspecção realizada antes de iniciado o procedimento penal, aqui, neste segundo problema, os documentos fiscalmente relevantes foram obtidos já com o processo penal em curso, à margem deste e sem conhecimento da autoridade judiciária competente. Para o Tribunal esta diferença afigurou-se, como já acentuámos, relevantíssima.

No precedente Acórdão n.º 340/2013 foi, pois, possível concluir pela admissibilidade de utilização dos documentos. Entendeu-se estarem ali verificados todos os pressupostos e requisitos constitucionalmente consagrados quanto à restrição ao *nemo tenetur*. No caso-problema-normativo do Acórdão n.º 340/2013, o Tribunal considerou que a restrição ao princípio do *nemo tenetur* mostrava-se conforme às exigências de proporcionalidade decorrentes do artigo 18.º da Constituição, por existirem *mecanismos flaqueadores* que protegem o direito que é objecto de restrição. Diz-se ali, a este propósito, que não está totalmente vedada ao contribuinte a possibilidade de recusar a colaboração, nos termos do artigo 63.º, n.º 5 da LGT (recusa do dever de colaboração) e à luz do artigo 59.º do Código de Processo Penal (direito a requerer a sua constituição como arguido). Em qualquer caso, acrescenta-se no Acórdão que as provas obtidas serão sempre proibidas caso exista abuso do dever de colaboração por parte da Autoridade Tributária, nas situações em que a actividade inspectiva tenha sido desencadeada ou prolongada apenas para recolher prova (“*desvio de fim*”).

Por sua vez, no Acórdão de que nos ocupamos, o Tribunal concluiu, como já dissemos e agora sublinhamos, que a circunstância de a inspecção tributária ter sido iniciada com o processo penal em curso faz toda a diferença. Primeiro porque, no entendimento do Tribunal, a ideia de *mecanismos flaqueadores já é muito discutível*, nada havendo, neste caso, a flanquear. Depois, porque, diz o Tribunal, *o risco de instrumentalização do contribuinte é aqui elevadíssimo: os documentos obtidos vão com toda a certeza ser utilizados como prova no processo penal em que o contribuinte já é visado*. Refere

ainda o Tribunal que, enquanto no caso-problema-normativo do Acórdão n.º 340/2013, a utilização dos documentos é meramente *eventual, casual e justificada* para evitar situações de imunidade penal, nesta situação já não o é, dado que a sua única justificação residirá em preocupações de eficácia e eficiência da própria perseguição penal. Há aqui, diz o Tribunal, *um claro desvio de fim: meios de prova obtidos para efeitos do processo penal, mas à margem das regras do processo penal*. Donde, divergindo do juízo formulado no precedente Acórdão n.º 340/2013, o Tribunal concluiu que, no caso-problema-normativo *sub judice*, havia uma actuação enganosa nos termos do artigo 126.º, n.º 2 alínea a) do CPP e um patente abuso do dever de colaboração, pois já não é de todo *possível dissociar a suspeita (que o processo penal em curso já determina), pela que a inspecção tem de ser vista como uma diligência de prova penal*.

2.4. O SENTIDO DO JUÍZO DECISÓRIO

Com um voto de vencido e uma declaração de voto da qual resulta uma divergência quanto à fundamentação mas não quanto ao sentido da decisão, o Tribunal Constitucional decidiu julgar inconstitucional, por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ínsito no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, a interpretação normativa dos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 125.º e 126.º, n.º 2, alínea a), todos do Código de Processo Penal, segundo a qual os documentos fiscalmente relevantes obtidos ao abrigo do dever de cooperação previsto no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira e no artigo 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária por uma inspeção tributária realizada a um contribuinte, durante a fase de inquérito de um processo criminal pela prática de crime fiscal *movido contra o contribuinte inspecionado e sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária competente, podem ser utilizados como prova no mesmo processo*.

A decisão de inconstitucionalidade tem por base um juízo de proporcionalidade, que se impôs por força do artigo 18.º da Constituição, tendo o Tribunal concluído que, neste caso, há uma *relação desequilibrada entre os*

custos e benefícios da restrição em análise, num claro e não tolerável desfavor em relação ao arguido. A restrição ao princípio do nemo tenetur é, portanto, no entendimento do Tribunal, desproporcional, logo ilegítima. Acrescenta-se ainda no Acórdão que o sacrifício do direito à não autoincriminação, mesmo estando numa zona periférica, não se mostra suficientemente justificado à luz das garantias de funcionalidade do sistema fiscal e cumprimento da lei fiscal sancionatória: os documentos obtidos podem e devem ser utilizados para efeitos estritamente fiscais (quanto à regularização da situação fiscal) e não há situação de imunidade penal pois o CPP prevê meios de obtenção de prova eficazes e idóneos.

Este acórdão teve, como atrás antecipámos, duas declarações de voto.

Um dos Conselheiros²⁶, embora acompanhando a decisão, discordou da respectiva fundamentação, concluindo, no essencial, não fazer sentido “levar à balança da ponderação e da proporcionalidade os valores/interesses inerentes ao sistema tributário como contrapostos aos valores/interesses da justiça criminal mediatizados pelo nemo tenetur. E a ditar, sendo caso disso, o recuo ou o sacrifício das exigências do nemo tenetur. Os problemas associados ao privilégio contra a auto-incriminação são problemas de índole exclusivamente processual-penal. Só se colocam quando, num segundo e ulterior momento, se opera uma mudança de fim. Isto é, quando os meios de prova obtidos no procedimento tributário à custa das obrigações tributárias de colaboração/verdade chegam ao processo penal e aí reivindicam a valoração como meios de prova. Provocando, como resposta, uma inultrapassável proibição de valoração, ditada precisamente pelo nemo tenetur. A haver ponderação aqui, ela só poderia ocorrer entre os valores/interesses servidos pelo nemo tenetur e outros (contra-)valores/interesses subjetivados por uma justiça criminal eficaz”.

Há, por outro lado, um voto de vencido, assente no entendimento que esta restrição ao *nemo tenetur* não viola o princípio da proporcionalidade, pelo que deveria ter sido declarada a não inconstitucionalidade²⁷.

26 Conselheiro-Presidente Manuel da Costa Andrade.

27 Voto de vencido da Conselheira Maria Clara Sottomayor.

3. AS QUESTÕES METODONOMOLÓGICAS SUSCITADAS

São diversas as questões metodonomológicas que o Acórdão suscita, a saber: a ausência de norma legal/constitucional expressa imediatamente mobilizável; a relevância dos princípios normativos; a relevância da doutrina, algumas notas (curtíssimas) de direito comparado e a importância da jurisprudência dos tribunais europeus, em particular do TEDH; o âmbito e a força vinculativa do precedente (o bastas vezes convocado Acórdão n.º 340/2013); e a formulação de ponderações (*in casu*, no juízo de proporcionalidade).

3.1. A AUSÊNCIA DE NORMA EXPRESSA IMEDIATAMENTE MOBILIZÁVEL (QUER ORDINÁRIA QUER CONSTITUCIONAL).

Analisado o acórdão, ressalta desde logo, do ponto de vista metodonomológico, a ausência de norma expressa imediatamente mobilizável.

Num sistema de legislação como o nosso, é certo e sabido que, as mais das vezes, os problemas juridicamente relevantes, incluindo os de constitucionalidade, são decididos com recurso a critérios normativos expressamente inscritos no direito positivado e, por isso, pré-disponíveis e imediatamente susceptíveis de mobilização pelo jurista decidente. Todavia, como nos ensina ANTÓNIO CORTÊS, *mesmo quando os textos apresentam normas relativamente determinadas, podem verificar-se fenómenos de inclusão indevida e de pura e simples ausência de regulamentação adequada* ^{28 29}.

In casu, quer no âmbito da apreciação estritamente judicial do caso-problema-concreto, quer no plano da apreciação do respectivo problema normativo

28 ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, 46.

29 Não podemos deixar de relembrar que, para estes casos, nas suas situações-limite, os tradicionalmente denominados casos omissos, o Código Civil Português oferece, no artigo 10.º, n.º 3, um cânone metodológico. Pode ali ler-se o seguinte: *na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*. Aderimos às críticas formuladas por A. CASTANHEIRA NEVES quanto a este cânone, e concluímos do mesmo modo: *o sentido útil e viável do cânone — deverá o julgador decidir na sua concreta realização do direito em autónoma constituição normativa «como se fora legislador...» -- só poderá ser o de convocar a exigência de generalização possível, o princípio da generalização ou da universalização kantiano, hoje tão largamente invocado como critério de validade para a razão prática* - A. CASTANHEIRA NEVES, “Metodologia Jurídica...”, 286.

de constitucionalidade, verificamos que os tribunais não lograram encontrar, no sistema jurídico pré-constituído, uma norma-regra jurídico-legal ou constitucional que imediata e directamente pudesse ser mobilizada para resolver tais problemas.

Em primeira linha, a instância judicial quando confrontada com o caso-problema julgando — que, por referência ao Acórdão que ora consideramos, constitui o seu mediato horizonte prático-problemático — não encontrou arrimo jurídico em uma norma processual penal pronta e directamente mobilizável. Isto é, não logrou encontrar uma norma escrita que previsse, sem margem para grandes dúvidas, um problema-tipo análogo ao caso-problema-concreto a solucionar.

Efectivamente, neste particular, o Código de Processo Penal, reconhece apenas em termos expressos o direito ao silêncio. Com efeito, o artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal estabelece, entre o elenco de direitos do arguido, o direito a não prestar declarações sobre os factos que são imputados, direito este que conhece depois algumas especificações ao longo do Código, nomeadamente nos artigos 141.º, n.º 4, alínea b), 343.º, n.º 1 e 345.º n.º 1. Donde, o teor literal destas normas apenas acolhe a dimensão oral, o uso da palavra pelo arguido, e não já outras dimensões, em particular as dimensões documentais.

Daí que a instância judicial tenha desenhado a solução à luz de um corpo constituído por várias normas legais, princípios normativos e critérios jurisprudenciais fixados a partir de casos anteriormente decididos, com base nos quais extraíram a interpretação normativa entretanto colocada em crise perante o Tribunal Constitucional.

A partir do trabalho interpretativo das instâncias judiciais foi, pois, possível construir, por tanto, uma *norma do caso*, que corresponde, ao fim e ao cabo, à interpretação normativa colocada em crise perante o Tribunal Constitucional, isto é: *os documentos fiscalmente relevantes obtidos ao abrigo do dever de cooperação previsto no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira e no artigo 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária por uma inspeção tributária realizada a um contribuinte, durante a fase de inquérito de um processo criminal pela prática de crime fiscal movido contra o contribuinte inspecionado e sem o prévio conhecimento ou*

decisão da autoridade judiciária competente, podem ser utilizados como prova no mesmo processo.

Mas a ausência de norma expressa também se vislumbra no campo decisório do próprio Tribunal Constitucional, isto é, no âmbito da busca da solução para o específico problema de constitucionalidade colocado ao tribunal. Ou seja, para o específico problema de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional também não identificou norma constitucional escrita que, tranquilamente, permitisse “acolher” o problema (constitucional), solucionando-o directamente. Por isso, o Tribunal Constitucional, para cumprir adequadamente o seu empreendimento decisório, teve, nomeadamente, necessidade de entrar nos domínios da denominada *Constituição material*, no campo dos princípios não escritos e dos direitos fundamentais implícitos.

A finalizar este ponto, importa também notar que na fundamentação do Acórdão, é bem evidente uma certa escassez de referências legislativas estritas³⁰, o que também mostra ser este caso um daqueles “*hard cases*”, um daqueles casos que também permitem dizer que a questão metodológica, mesmo em um sistema de legislação como o nosso, não é uma questão de mera aplicação de normas.

3.2. A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NORMATIVOS

A fundamentação vertida no Acórdão é essencialmente principiológica, por estar assente em princípios, em princípios normativos, para sermos mais precisos.

Como sabemos, o sistema jurídico adequadamente compreendido, enquanto modo de objectivação da normatividade jurídica vigente, é constituído por diversos estratos, entre eles o estrato dos *princípios normativos*³¹.

³⁰ Referências legislativas que vislumbramos essencialmente a propósito da caracterização do dever de colaboração no domínio fiscal.

³¹ Segundo FERNANDO José BRONZE, são estratos do sistema jurídico adequadamente recordado: o *sentido do direito*, os *princípios normativos*, as *normas legais*, a *jurisprudência judicial*, a *doutrina*, a *realidade jurídica* e, nesta, as *regras*, *arrimos ou bordões procedimentais*. Veja FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 627-671.

Um autêntico princípio normativo é uma exigência de sentido, um valor juridicamente relevante, decorrente da própria ideia de Direito, cuja efectiva realização se pretende em termos práticos. Os princípios normativos não se confundem com os positivisticamente cunhados princípios gerais de direito, pois constituem — diferentemente destes que mais não são que meras derivações lógico-formais extraídas das normas jurídicas positivas — *os sentidos fundamentantes da intenção práctico-material (que não lógico-formal) do direito*³². Princípios normativos são autênticas exigências de sentido, dimensões axiológicas decorrentes da ideia de Direito, que, além de juridicamente proclamadas, se pretende sejam realizadas na prática. Nas palavras certas de FERNANDO José BRONZE, *um verdadeiro princípio jurídico é, pois, uma intenção prática que se deve reconhecer como fundamento normativo e momento constitutivo do direito*³³.

Os princípios normativos são, portanto, exigências que traduzem a axiologia da normatividade jurídica, determinadas, mormente, por problemas práticos juridicamente relevantes, e traduzem, enquanto elementos ou estratos do sistema jurídico, fundamentos normativos, exigências de sentido, valores jurídicos que se pretende tenham efectiva projecção prática nos domínios do agir concreto.

Como é bom de ver, também o direito processual penal — ramo do direito onde o problema constitucionalidade é, *in casu*, suscitado —, assenta numa específica *essência-ideia*, a *essência-ideia do direito processual criminal*³⁴. Segundo o Professor A. CASTANHEIRA NEVES, citando EBH. SCHMIDT, “o direito de processo criminal compreende todos aqueles princípios jurídicos e regras de direito que devem garantir que a questão de saber se um determinado cidadão cometeu ou não uma acção punível e como deverá ser por ela porventura punido possa ser decidida judicialmente de modo que, respeitando os princípios do Estado-de-Direito e cumprindo as ‘formalidades-da-Justiça’, seja orientada pela intenção incondicionada à verdade e à justiça”³⁵.

32 FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 629.

33 *Idem*.

34 A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal* (Coimbra, 1967), 3.

35 *Idem*.

O direito processual penal português, como campo autónomo da normatividade jurídica vigente que toma por objecto o processo penal (português), integra um conjunto de valores jurídicos decorrentes da própria ideia de direito, teoricamente afirmados e cuja realização se pretende em termos práticos. Um desses valores é a *ampla defesa* que surge, neste sentido, em nosso entendimento, como um princípio normativo fundamental do processo penal português³⁶.

Enquanto princípio normativo a *ampla defesa* afigura-se simultaneamente como princípio *positivo*, por mostrar-se expressamente “consagrado no sistema jurídico pré-objectivado” (conforme artigos 20.º, n.º 4 e 32.º, 1, da CRP, artigos 8.º e 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e art.º 14.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) e *transpositivo*, por constituir uma das “condições normativo-transcendentais” que dá “sentido especificamente constitutivo” ao direito processual penal enquanto domínio jurídico autónomo³⁷.

Quando melhor observamos a *ampla defesa* deparamo-nos, em bom rigor, com o imediato fundamento axiológico-normativo de muitos princípios de processo penal que constituem suas imediatas decorrências. O princípio da ampla defesa é, na verdade, um princípio composto, integrado que está por um conjunto de exigências várias que revelam intenções e compromissos práticos que o direito processual penal deve assumir e realizar, orientados *pela intenção incondicionada à verdade e à justiça* e que se mostram conformes com o sentido específico do próprio Direito.

Uma dessas exigências, uma dessas suas imediatas projecções, é, precisamente, na nossa visão das coisas, o princípio do *nemo tenetur*, que se afirma como princípio normativo autónomo de direito processual penal.

É, em nosso entendimento, importantíssima esta qualificação do *nemo tenetur* como princípio normativo. Desde logo, pelo papel de relevo desempenhado pelos princípios normativos no desenho das soluções

36 Este princípio é tradicionalmente designado como da plenitude das garantias de defesa.

37 Sobre esta classificação dos princípios normativos, *vide* FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 632.

normativo-legais, donde, a feitura das leis processuais penais deve nortear-se também em função das exigências constitutivas do princípio do *nemo tenetur*. Mas tal importância também se manifesta no domínio da prática processual, face ao papel dos princípios normativos no quadro da interpretação jurídica, pois, “as instâncias a quem estiver cometida a constituição do direito, ao reflectirem as soluções concretas para as controvérsias jurídicas que emergem num determinado horizonte comunitário, não podem deixar de inferir os seus pressupostos fundamentantes — afinal, os princípios normativos”³⁸. A qualificação do *nemo tenetur* como princípio normativo mostra-se ainda superlativamente importante, além do mais, face ao papel que o legislador processual penal expressamente reservou aos princípios em matéria de *integração de lacunas*. Com efeito, dispõe o artigo 4.º do CPP que *nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal*.

Mas no caso-problema-normativo colocado à apreciação do Tribunal, e levando em linha de conta o modo como o tribunal o considerou, surpreende-se, na perspectiva do tribunal, até certo ponto, uma, pelo menos aparente, colisão de princípios. Uma aparente colisão entre as exigências decorrentes do princípio do *nemo tenetur*, que impedem a auto-incriminação involuntária do visado no processo penal, e as exigências decorrentes do princípio da cooperação no domínio administrativo-fiscal, que impõem deveres de colaboração do contribuinte-administrado com as autoridades fiscalizadoras no âmbito das respectivas acções inspectivas. Aparente conflito que o tribunal resolve lançando mão de um outro princípio, o princípio da proporcionalidade, que é, segundo KARL LARENZ, um verdadeiro princípio de justiça material, pois “decorre directamente da noção de justiça, da justa medida, da moderação”³⁹.

38 FERNANDO José BRONZE, ob. cit., 633.

39 KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª edição, Tradução de José Lamego, (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), 586, nota 110.

3.3. A RELEVÂNCIA DA DOUTRINA, UMA PEQUENÍSSIMA APROXIMAÇÃO AO DIREITO COMPARADO E A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS EUROPEUS, EM PARTICULAR DO TEDH.

Sem qualquer tipo de cedência à ideia de direito científico, numa formulação simples e suspendendo, por momentos, as dimensões problemáticas que o conceito integra, temos para nós que a doutrina, ou ciência jurídica, ou ainda ciência do Direito, pode ser compreendida — não já definida — como o domínio cultural — cultura aqui convocada em termos amplos — que integra o pensamento jurídico colocado ao serviço da criação legal e da realização prático-problemática (concreta) do Direito, através da reflexão dos quadros de fundamentação normativa, da sistematização da normatividade jurídica vigente e da construção e disponibilização de modelos teóricos de solução e de decisão jurídicas (legislativas, judicativas e para-judiciais). Assim entendida, a ciência jurídica é sinónimo de jurisprudência dogmática ou doutrina. Enquanto estrato do sistema jurídico, a doutrina cumpre importantíssimas funções. A doutrina cumpre, antes de tudo, uma função geral que é a de sistematizar e delimitar as potencialidades do direito vigente e propor modelos de solução para os múltiplos e novos problemas para a realidade vai mostrando. Além dessa função geral, a doutrina cumpre certas funções específicas. Desde logo, uma *função estabilizadora*, na “medida em que possibilita a institucionalização compensatória da abertura predicativa do prático-normativo”; uma *função heurística*, ou *dinamizadora*, “proporcionada pelas disquisições que podem sustentadamente arriscar-se a partir do anteriormente adquirido”; também uma *função desoneradora*, na medida em que “os arrimos que disponibiliza libertam o jurista de uma problematização sem fim”; ainda uma *função técnica*, “permitindo ao jurista compreender, com um simples golpe de vista, um complexo acervo de referências de sentido”; e, finalmente, uma *função de controle*, “viabilizadora de uma mais fácil e lograda racionalização das decisões judiciais que institucionalmente se vão impondo”⁴⁰.

Ora, no roteiro argumentativo que estamos a analisar, podemos observar a relevância que Acórdão dá à doutrina, nomeadamente a propósito do reconhecimento do princípio do *nemo tenetur* como princípio constitucional

40 Cfr. FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 662.

implícito e o decorrente direito fundamental não escrito, na delimitação da teleologia do dever de colaboração⁴¹, na adequada compreensão das restrições ao princípio *nemo tenetur* e na caracterização do dever de colaboração no domínio fiscal.

Observa-se, por outra banda, a relevância dada no Acórdão à jurisprudência.

A jurisprudência judicial, enquanto estrato do sistema jurídico, desempenha importantes funções no âmbito da constituição da normatividade jurídica e da realização concreta do Direito, pois constitui e reconstitui o Direito vigente e ainda contribui activamente na criação *ex novo* do Direito⁴².

Neste particular, destacam-se, no Acórdão, os contributos jurisprudenciais, relevantes para formação do juízo decisório, quanto ao reconhecimento e delimitação das já referidas zonas de protecção periféricas do *nemo tenetur* (Acórdãos n.ºs 461/2011 e 340/2013), quanto ao reconhecimento do direito ao silêncio e não autoinculpação como garantias de defesa (Acórdãos n.ºs 695/95, 461/2011 e 340/2013) e para a adequada compreensão das restrições ao princípio *nemo tenetur* e na caracterização do dever de colaboração no domínio fiscal (Acórdão n.º 340/2013)⁴³.

Quanto à jurisprudência dos tribunais europeus, no seu percurso argumentativo, o aresto socorre-se da jurisprudência dp TEDH a propósito da delimitação das restrições associadas aos deveres de colaboração (compatibilidade) nomeadamente quanto à conclusão de que “*havendo suspeita já não é admissível a restrição do princípio*”⁴⁴.

Metodologicamente, observamos ainda pequeníssimas aproximações ao direito comparado, nomeadamente a propósito do princípio da comunicabilidade entre o processo de inspecção tributária e o processo penal tributário, onde é convocado o exemplo do direito alemão⁴⁵.

41 Acórdão n.º 298/2019, p. 14.

42 Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 658.

43 Acórdão n.º 298/2019, pp. 16 e 17

44 Acórdão n.º 298/2019, p. 15

45 Acórdão n.º 298/2019, p. 21

3.4. O ÂMBITO E A FORÇA VINCULATIVA DE PRECEDENTE ACÓRDÃO N.º 340/2013 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como produto do labor da jurisprudência judicial, os precedentes jurisdicionais constituem critérios jurídicos decorrentes de decisões proferidas em casos anteriores julgados pelos tribunais. Nas palavras de KARL LARENZ, “os precedentes são «resoluções» em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”⁴⁶.

De notar que os precedentes jurisdicionais não têm, no nosso sistema, significado e valor totalmente coincidentes com os que lhe são atribuídos nos sistemas de matriz anglo-saxónica, assentes na regra dos *binding precedentes*.⁴⁷ Entre nós, diferentemente do que ali acontece, os precedentes jurisdicionais não se impõem vinculativamente, isto é, com carácter de obrigatoriedade, mas tampouco se mostram totalmente desprovidos de alguma *força vinculante*, pelo que não podem, pura e simplesmente, ser desconsiderados⁴⁸. A propósito da força do precedente, ensina-nos ANTÓNIO CORTÊS que os precedentes “estabelecem simultaneamente uma vinculação processual e prática que se funda essencialmente em razões de justiça formal e material”⁴⁹. Acrescenta este Autor que “no plano processual, a existência do precedente pode não só onerar ou desonerar a fundamentação, consoante tal precedente seja no mesmo sentido ou em sentido contrário ao da decisão que se toma, como também implicar a admissibilidade legal de um recurso em situações e em termos que tal recurso não poderia, sem a existência do precedente, ter lugar”⁵⁰. Finalmente, diz ainda ANTÓNIO CORTÊS que há também

46 KARL LARENZ, ob. cit., 611.

47 Sobre a importância e o valor dos precedentes no direito inglês veja-se o recente estudo de FERNANDO José BRONZE, “O Sentido Metodológico do Precedente”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCV Tomo II (Separata), Universidade de Coimbra (Coimbra: 2019), em particular as páginas 913-920.

48 Neste sentido, FERNANDO José BRONZE, ob. cit., 928.

49 ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, 47.

50 *Idem*. A legislação processual portuguesa, nos seus diversos domínios, estabelece mecanismos processuais que oferecem força vinculativa ao precedente, mecanismos como por exemplo o recurso obrigatório de decisões proferidas contra jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça, previsto no artigo 446.º do Código de Processo Penal, ou as denominadas decisões sumárias dos recursos

uma *vinculação prática*, pois, “por regra, segue-se o que foi decidido antes (*stare decisis*), o que determina (na sua *ratio decidendi*, mas também nos *obiter dicta*) o precedente”⁵¹.

Os precedentes jurisdicionais são referentes que o tribunal deve tomar em linha de conta, mas, em concreto, “valem aquilo que puderem valer”⁵². Dito de outro modo, o precedente jurisdicional deve ser considerado na medida em que, sendo uma das objectivações da normatividade jurídica vigente, beneficia de uma presunção de justeza ou de correcção⁵³, mas pode, na verdade, revelar-se inadequado ao problema concreto que circunstancialmente interpela o tribunal e, por isso, nestes casos, deve ser afastado.

Para aferir da prestabilidade de um precedente como critério de solução de um caso concreto, o mecanismo metodológico a utilizar será a *analogia*. O tribunal, depois de delimitar adequadamente a intencionalidade problemática dos dois casos, o caso-precedente e o caso-decidendo, e tendo sempre presente que não há casos totalmente iguais, deverá fazer um exercício de comparação, identificando e valorando as semelhanças e as diferenças em ambos. Se concluir que as diferenças não são relevantes, o tribunal deverá seguir a regra do precedente. Se, pelo contrário, identificar alguma diferença relevante, o tribunal deverá afastar o precedente, solução conhecida, na terminologia anglo-saxónica, por *distinguishing*. Uma outra forma de afastar o precedente é, também na formulação inglesa, o *overruling*, que corresponde à situação em que o tribunal, pese embora a analogia entre os casos, decide não seguir o precedente face a diferente leitura do quadro axiológico e argumentativo concretamente em causa, que implica uma solução jurídica diferente⁵⁴.

Como atrás já antecipámos, o caso-problema-normativo submetido à apreciação do Tribunal não é totalmente novo, inserindo-se em um âmbito

ordinários em processo penal quando a questão a decidir já tiver sido judicialmente apreciada de modo uniforme e reiterado (artigo 417.º, n.º 6, alínea d), do Código de Processo Penal). Neste sentido ver ainda ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios...*, 346.

51 ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, 47.

52 Esta expressão ouvimo-la bastas vezes ao Doutor Fernando José Bronze, nomeadamente em inúmeras aulas a que tivemos a oportunidade de assistir.

53 KARL LARENZ, ob. cit., 613.

54 Sobre a distinção entre *distinguishing* e *overruling*, vide ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, 48.

problemático-material já analisado em momentos anteriores pelo próprio Tribunal Constitucional, em particular no Acórdão n.º 340/2013, que constitui, assim, o mais directo e imediato precedente jurisdicional. Podemos, pois, dizer que o Tribunal Constitucional tinha, *in casu*, ao seu dispor um critério jurisprudencial eventualmente susceptível de ser mobilizado para solucionar o caso-problema normativo entretanto submetido à sua apreciação. Por isso, do ponto de vista metodonomológico, o Tribunal considerou e analisou detidamente, enquanto imediato precedente jurisdicional, o núcleo problemático subjacente ao Acórdão n.º 340/2013, núcleo este a que já fizemos atrás devida (e detida) referência.

Vimos que o caso-problema-normativo aqui em causa contém elementos comuns ao caso do precedente Acórdão n.º 340/2013, todavia, verificou-se concorrerem com tais elementos outras circunstâncias que, dando um sentido particular, diferenciado, autónomo, ao caso, justificaram a não coincidência decisória.

O Tribunal convocou o precedente, delimitou a intencionalidade problemática inerente à regra dele decorrente, tendo concluído, com recurso ao mecanismo metodonomológico da *analogia*, que o mesmo apresentava diferenças substanciais que implicavam o respectivo afastamento. Após comparação e respectiva valoração das semelhanças e diferenças, concluiu o Tribunal que os dois casos tinham uma diferença relevante, pelo que seguiu uma solução jurídica diversa (*distinguishing*). Sendo de acentuar, finalmente, a importância, para a formação do entendimento do tribunal quanto à relevância da diferença, a regra de que “*havendo suspeita já não é admissível a restrição do princípio*” formulada pela jurisprudência do TEDH.

3.5. A FORMULAÇÃO DE PONDERAÇÕES JUDICATIVAS — O JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE.

Como nos ensina ANTÓNIO CORTÊS, «é impossível deixar de reconhecer domínios onde há actividade de “ponderação”, uma ponderação que se torna particularmente patente quando se trata de fazer intervir normativamente

princípios jurídicos fundamentais, mas que se verifica também no raciocínio analógico e, até, na mais simples subsunção. Essa ponderação tem pressupostos normativos, mas é essencialmente levada a cabo de modo “dialógico-argumentativo”, isto é, através de uma “troca de argumentos” ou de um “diálogo de razões”. Ora este cruzamento dialógico de razões ou argumentos não opera de forma logicamente necessária e faz, nessa medida, intervir um *factor humano* que poderemos designar por *convicção jurídica*»⁵⁵.

É o que, de modo intenso, observamos neste Acórdão. O caso-problema de constitucionalidade foi efectivamente decidido com base num juízo de proporcionalidade, tendo o Tribunal entendido, após ponderação dos direitos e interesses em conflitos, existir uma relação desequilibrada entre os custos e benefícios da restrição em análise — a restrição ao princípio *nemo tenetur* decorrente do dever de colaboração fiscal —, em claro e não tolerável desfavor em relação ao arguido. A restrição é desproporcional, logo ilegítima, diz o Tribunal.

Como atrás referimos, o Tribunal, ponderando os direitos e interesses concretamente em jogo, posicionou-se *no sentido de que o sacrifício do direito à não autoincriminação, mesmo estando numa zona periférica, não se mostra suficientemente justificado à luz das garantias de funcionalidade do sistema fiscal e cumprimento da lei fiscal sancionatória*, afastando-se, deste jeito, do sentido decisório decorrente do juízo de proporcionalidade formulado no precedente Acórdão n.º 340/2013.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA COM UM BREVÍSSIMO APONTAMENTO CRÍTICO

Tendo apurado com exactidão o mérito do problema jurídico-constitucional inerente ao caso-problema-concreto e logrado, por outro lado, recortar adequadamente, mas não sem crítica, a intencionalidade problemático-normativa do princípio normativo aqui em causa (a serventia dele, quais os valores que o integram e os tipos de problemas que ele visa resolver), o Tribunal Constitucional formulou no Acórdão um juízo decisório que nos

55 ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, 42.

parece materialmente justo embora apenas em parte metodologicamente acertado, não estando, assim, totalmente isento de críticas.

Efectivamente, no Acórdão, o Tribunal recortou adequadamente o mérito do problema-normativo interpelando, partindo do mediato *caso-problema-concreto*, que “generalizou” colocando-o em termos de “hipótese-normativa-tipo” susceptível de verificação em várias situações concretas.

Além disso, também nos parece acertadíssima, na falta de critério constitucional expresso directamente prestável, o recurso aos princípios normativos, colocando o problema no âmbito de acção do princípio *nemo tenetur*.

O Tribunal, no Acórdão, respaldou-se, assim, nos princípios normativos, especificamente no princípio do *nemo tenetur*, e não deixou de recorrer, como atrás considerámos, à analogia, em particular para afastar a regra do precedente Acórdão n.º 380/2013.

Quanto à intencionalidade normativa do princípio mobilizado (o princípio do *nemo tenetur*), o Tribunal procurou, genericamente bem, apurar o seu âmbito, a sua relevância, a sua teleologia e os seus fundamentos, recortando, por isso, também apropriadamente, a intencionalidade teleológica e a intencionalidade axiológica do princípio.

Estamos, assim, perante uma decisão de (in)constitucionalidade recortada com base em princípio normativo não escrito de natureza ético-jurídica⁵⁶, traduzindo, portanto, um exemplo claro de desenvolvimento jurisprudencial do direito por mediação de um princípio ético-jurídico.

Mas o Tribunal Constitucional colocou, depois, o problema em termos de conflito entre o *nemo tenetur* e o dever de colaboração fiscal (enquanto restrição ao *nemo tenetur*), resolvendo esse conflito através de um exercício de ponderação judicativa, com base no princípio da proporcionalidade, daí extraindo a solução, que, como já dissemos, nos parece ajustada à questão problemática que o Tribunal tinha entre mãos. É aqui, quanto à utilização, nesses termos, do princípio da proporcionalidade, que divergimos do Acórdão.

Estamos, na verdade, de acordo com as críticas formuladas na declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Manuel da Costa Andrade e dirigidas à fundamentação do Acórdão, pois também nos parece não fazer sentido

56 KARL LARENZ, ob. cit., 599.

colocar a questão como que “fora do processo penal”, isto é, em termos de “conflito externo” entre o *nemo tenetur* e os deveres de colaboração fiscais (estes enquanto restrição àquele, admissível ou não). Desde logo, por que nos parece que a natureza e força normativa do *nemo tenetur*, enquanto princípio de processo penal da maior relevância e com dimensão constitucional, expressão directa do princípio da ampla defesa, seria por si só suficiente para resolver a questão de constitucionalidade, sendo por isso desnecessário o recurso ao juízo de ponderação com base no princípio de proporcionalidade. Uma coisa é o cumprimento de obrigações de natureza fiscal, nomeadamente o dever de colaboração, coisa diferente e autónoma é a valoração, em processo penal, de provas obtidas no estrito cumprimento de dever de colaboração, que implica coerção. O *nemo tenetur*, na medida em que procura proteger a auto-determinação probatória do processual-criminalmente visado, é, por si só, suficiente para negar a admissibilidade como prova em processo penal de documentos dele obtidos sob coerção, à margem de qualquer decisão judicial concreta, isto é, à margem de uma “ponderação entre os valores/interesses servidos pelo *nemo tenetur* e outros (contra-) valores/interesses subjectivados por uma justiça criminal eficaz”⁵⁷. Tudo dentro do processo penal e nunca em termos de “conflito externo”.

Contudo, independentemente da crítica ora formulada, o Acórdão tem, na verdade, o mérito de mostrar, de modo límpido, a relevância metodonomológica do sistema jurídico adequadamente compreendido: um sistema jurídico pluridimensional, *material, aberto, de histórica reconstituição regressiva, a posteriori e analógico*⁵⁸. Um sistema jurídico pluridimensional por ser constituído por várias dimensões: uma dimensão fundamental (fundamentos), uma dimensão formal (critérios) e uma dimensão problemática (problemas), por sua vez integradas por vários estratos, que vão do *sentido do direito à realidade jurídica*. Um sistema jurídico material porque integra princípios, princípios normativos (e não apenas normas, regras ou critérios), que, como vimos, traduzem exigências que exprimem fundamentadamente a juridicidade e são a primeira e mais directa manifestação, já mais operativa, do sentido do

57 Declaração de voto do Conselheiro Manuel da Costa Andrade ínsita no Acórdão n.º 298/2019, p. 30.

58 Seguimos, uma vez mais, os ensinamentos de FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 627 ss.

Direito. Um sistema aberto porque integra problemas, pois o sistema recebe permanente e dinamicamente *inputs* da realidade prática, dos seus problemas concretos com mérito jurídico. Enfim, um sistema jurídico de histórica reconstituição regressiva, *a posteriori* e analógico, porquanto se redensifica como que de frente para trás, onde o novo se projecta no pré-existente, essencialmente através de ponderações analógicas entre dimensões problemáticas situadas no mesmo plano.

Fica também evidente que a questão metodonomológica coloca-se sempre, seja qual for a entidade institucionalmente chamada a resolver o problema juridicamente relevante. Efectivamente, a decisão jurídica, seja uma sentença judicial, seja um acórdão do Tribunal Constitucional ou, até, uma decisão jurídica de natureza outra (*v.g.* arbitral), como qualquer decisão, assenta (também) numa certa *voluntas* (subjectividade), por isso exige-se a integração de uma fortíssima dose de *objectivação* através de uma adequada fundamentação (exigência de fundamentação). Diz-nos FERNANDO José BRONZE, a este propósito, que “a decisão jurídica, *próprio sensu*, implica o juízo que prático-normativamente a fundamente, e que este acto judicativo pressupõe a mobilização do (por sua mediação) constituendo sistema da juridicidade vigente”⁵⁹. O sistema jurídico aparece, assim, simultaneamente como o horizonte vinculante do exercício do dever de fundamentação *e instância que permite a realização o direito segundo a justiça*⁶⁰.

O Acórdão que acabámos de analisar, perante um problema jurídico-constitucional complexo, não dispondo de um critério legal-constitucional imediatamente disponível, mobilizou o sistema jurídico na sua globalidade, nele fundamentando a sua decisão jurídico-constitucional.

O Acórdão assumiu plenamente o sentido da juridicidade hoje, projectando-o no plano de exercício metodonomológico que foi chamado a realizar. Citando, uma vez mais, FERNANDO José BRONZE, “se aquela [a juridicidade] tem o seu étimo num sentido imediatamente traduzido por princípios normativos dogmaticamente densificados, este [o exercício metodonomológico] há-de assumir as mencionadas *archai* para as realizar microscopicamente, atentos os concretos problemas com que se confronte

59 Cfr. FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 625.

60 Neste sentido, FERNANDO José BRONZE, *Lições...*, 624.

e que pertinentemente as interpelem, e o aludido acto performativo traduz um juízo-julgamento prático-normativo — uma «ponderação prudencial, de realização concreta, orientada para uma fundamentação» circunstancialmente adequada, argumentativamente convincente e normativo-juridicamente intencionada... que, portanto, nos remete, em última análise, para o mencionado sentido, assim se fechando o círculo discursivo”⁶¹.

O Acórdão acabado de analisar mostra-o. Inequivocamente.

61 FERNANDO José BRONZE, “Um exercício metodológico polarizado no juízo-julgamento”, *De Legibus — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, n.º III, 2015 (Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2015), 29.