

O DEVER DE COLABORAÇÃO NO ÂMBITO
DOS PROCESSOS DE CONTRA-ORDENAÇÃO
POR INFRAÇÃO ÀS REGRAS DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA E O PRINCÍPIO
NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

*Catarina Anastácio*¹

ABSTRACT: This paper deals with the conflict that may arise, within a competition infringement proceeding, between the legal duty to cooperate with the Competition Authority and the nemo tenetur se ipsum accusare principle (privilege against self-incrimination). The solution to this potential conflict depends on the definition of the essential content of that principle and of the limits beyond which it cannot be restricted. It is concluded that the Competition Authority may not use as evidence any information or document that has not been provided voluntarily (meaning in full consciousness and freedom) and may be considered self-incriminating.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema. 2. O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência. 3. A questão do conflito entre o dever de colaboração das empresas e o princípio *nemo tenetur*. 3.1. O princípio *nemo tenetur*. 3.2. A resolução do conflito entre o princípio *nemo tenetur* e o dever de colaboração. 3.2.1. O núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*. 3.2.2. O princípio *nemo tenetur* nos processos de contra-ordenação por violação de regras de defesa da concorrência. 4. A questão na jurisprudência comunitária e nacional. 5. Tentativa de concretização. 5.1. Prestação de declarações orais ou escritas perante a Autoridade da Concorrência. 5.2. Entrega de documentos pré-constituídos.

¹ Jurista no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

As regras de defesa da concorrência visam, em última análise, garantir (e regular) uma liberdade – a liberdade de iniciativa económica, pilar fundamental da organização económica do Estado. Ora, como qualquer outra, esta liberdade tende a conflitar com outras liberdades, igualmente fundamentais.

É sob esta perspectiva que tendemos a encarar a tensão latente que, no domínio do Direito da concorrência, se verifica entre o dever de colaboração que os agentes económicos têm perante a Autoridade da Concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, no qual aqueles agentes podem ancorar uma recusa de cooperação e que, no limite, lhes garante a liberdade de não auto-incriminação.

É essa tensão, esse conflito potencial que procuraremos abordar no presente artigo, tentando traçar os seus contornos e desbravar algum caminho no sentido da sua resolução. Esse caminho passará, necessariamente, pela busca do conteúdo essencial daquele princípio, mas, simultaneamente, não poderá deixar de seguir as especificidades do domínio normativo em que nos situamos – o Direito da concorrência.

2. O DEVER DE COLABORAÇÃO NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE CONTRA-ORDENAÇÃO POR INFRACÇÃO ÀS REGRAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Nos termos da al. e) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico, “[a]sssegurar o funcionamento dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

O Estado concretizou essa sua incumbência através da consagração de um regime jurídico de defesa da concorrência – constante actualmente da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante “LdC”) – e da criação de uma autoridade independente que tem a seu cargo a garantia do seu cumprimento – a Autoridade da Concorrência (“AdC”), criada através do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que também aprovou os respectivos Estatutos.²

² Como bem refere Mendes Pereira (2009: 20), apesar de Portugal contar com uma legislação de defesa da concorrência desde 1983, havia também uma “*gritante falta de meios na aplicação da lei*”, o que se tentou corrigir precisamente através da consagração de um novo regime jurídico de defesa da concorrência e, sobretudo, da criação de uma entidade reguladora independente. Sobre a evolução da legislação nacional de defesa da concorrência, cf. Ferreira, 2006: 203 ss.

Com as regras de defesa da concorrência constantes daquele regime pretende-se “assegurar as condições para que a concorrência se possa exercer sem constrições”³, no pressuposto de que do funcionamento livre do mercado “decorre a ordem económica mais justa e eficiente”.⁴ Para além de garantir a liberdade de actuação de quem oferece os seus serviços ou produtos no mercado, as regras de defesa da concorrência permitem que o consumidor tome as suas opções com o mínimo possível de pressões e constrangimentos, podendo nessa medida afirmar-se que fomentam em geral a liberdade e a racionalidade da decisão económica.⁵ Nessa medida, “a concorrência traduz na vida económica o princípio da livre escolha racional ou seja, da liberdade entendida em sentido liberal como garantia do desenvolvimento livre da personalidade individual”⁶, afirmando-se como “a garantia de existência de espaços de liberdade”.⁷

A atribuição à AdC de funções de regulação em matéria de Direito da concorrência vem na senda da tendência do moderno Estado regulador⁸ (ou *garantidor*⁹) para descentralizar o cumprimento de algumas das suas tarefas através do recurso a entidades administrativas independentes e especializadas, dotadas de poderes próprios e munidas de instrumentos jurídicos, de natureza vária, para o exercício das suas funções, e que se assumem desta forma como um importante garante do eficaz funcionamento do mercado.¹⁰

3 Pego, 2001: 12.

4 Moncada, 2007: 486.

5 Santos, Gonçalves & Marques (2004: p. 322) falam, a propósito das regras de concorrência, da sua função genérica de assegurar “a liberdade de acesso ao mercado e as liberdades de determinação da oferta e da procura”.

6 Moncada, 2007: 490.

7 Paz Ferreira, 2002: 478.

8 Marques & Moreira (2003: 14-15) referem que “a actividade de regulação se transformou na mais característica função do Estado na esfera económica, na actualidade (Estado regulador)” e que “uma das características novas é a de que a actividade reguladora é exercida não directamente pela administração governamental, mas sim, em grande parte, por agências reguladoras específicas”. Afirmando ainda que “[a]o contrário da economia baseada na intervenção económica do estado e nos serviços públicos directamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e na concorrência, depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante”.

9 Canotilho (2008b: 255) fala mesmo em “Estado garantidor da concorrência”.

10 Cf., entre outros, Costa Pinto, 2000: 93 e 2009: 72 ss.; Paz Ferreira, 2002: 395 ss.; Cardoso, 2002: 371 ss.; Santos, Gonçalves & Marques, 2004: 68 ss.; Roque, 2004: 22 ss.; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 46-47; Teixeira, 2009: 108-109.

Assim, com a criação da AdC¹¹ procurou assegurar-se que a tutela dessa concorrência seja atribuída a uma entidade que tem uma natureza pública, mas que simultaneamente oferece todas as garantias da independência necessária ao efectivo e eficaz cumprimento da sua tarefa.

À AdC cabe, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, dos seus Estatutos, a missão de “assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores”.

Para o cumprimento dessa missão, a AdC tem as atribuições elencadas no artigo 6.º, e para o desempenho destas dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação previstos e concretizados no artigo 7.º, ambas disposições dos respectivos Estatutos.

No âmbito dos seus *poderes de supervisão*, cabe à AdC: *a)* proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários; *b)* instruir e decidir procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos entre empresas com as regras da concorrência; e *c)* instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas (artigo 7.º, n.º 3, dos seus Estatutos).

No exercício dos seus *poderes sancionatórios*, cabe à AdC “identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei” (artigo 7.º, n.º 2, al. *a*), dos Estatutos). Para o cabal cumprimento dos poderes sancionatórios atribuídos à AdC, o legislador consagrou um processo contra-ordenacional específico, constante da LdC. Este processo é especial, afastando-se, em diversos aspectos, do processo contra-ordenacional geral e, sobretudo, do processo penal.

Para permitir à AdC o exercício quer dos poderes sancionatórios, quer dos poderes de supervisão, foram-lhe atribuídos diversos *poderes de investigação* (a que a epígrafe do artigo 17.º da LdC se refere como “*poderes de inquérito e inspecção*”). Designadamente, pode a AdC inquirir os representantes legais “*das empresas ou associações de empresas envolvidas*” ou de “*outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes*”,

11 “Nascida para garantir a credibilidade plena e desgovernamentalizada da regulação neste domínio estruturante do próprio mercado” – Roque, 2004: 53.

bem como solicitar-lhes “*documentos ou outros elementos de informação*” (artigo 17.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*)). Pode ainda proceder a diligências de busca e apreensão de documentos nas instalações das “*empresas ou associações de empresas envolvidas*” (al. *c*) da mesma disposição legal).

Da aplicação conjugada do artigo 8.º dos Estatutos da AdC (nos termos do qual as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à AdC todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições), dos artigos 17.º e 18.º da LdC (que estabelecem e regulamentam os poderes de inquirição da AdC) e ainda das alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 43.º do mesmo diploma (que tipifica como contra-ordenação a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas em resposta a pedido da AdC e a não colaboração com esta ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos no artigo 17.º) resulta para todos os agentes económicos um verdadeiro *dever de colaboração* para com a AdC.

Este dever de colaboração, que não é exclusivo do Direito sancionatório da concorrência, mas sim comum no panorama regulatório em geral¹², assume, naquele domínio e dada a natureza dos ilícitos em causa, uma importância extrema, afirmando-se como um instrumento fundamental no desempenho das funções atribuídas à AdC.¹³ De facto, o cumprimento efectivo e eficaz da actividade desta Autoridade está em grande medida dependente da informação que obtém sobre os diversos mercados, seja para efeitos de supervisão seja sancionatórios. Para além dos casos em que recorre a diligências de busca e apreensão, a AdC apenas obtém essa informação através da colaboração de pessoas singulares ou colectivas a quem solicita informações e documentos, sejam essas pessoas, ou não, arguidas num processo de contra-ordenação. E a verdade é que, se para certos tipos de infracções anticoncorrenciais, como o abuso de posição dominante, é relativamente fácil a obtenção de informações através de empresas terceiras, o mesmo já não se passa no caso de infracções que, por natureza, apresentam um carácter secreto, como é o caso dos cartéis. Nestes casos, as empresas que cometeram a infracção e os seus funcionários

12 Sobre o dever de colaboração no âmbito do mercado de valores mobiliários, cf. Costa Pinto, 2009: 81 ss. Sobre o dever de colaboração dos regulados na actividade regulatória em geral, cf. Teixeira, 2009: 113.

13 Sobre este dever, cf. Sousa Mendes, 2009a: 217 ss., 2009b: 712 ss. e 2009c: 12.

podem ser a única fonte ao dispor das autoridades para a obtenção dessa informação.¹⁴

Parece-nos assim poder afirmar-se que o dever de colaboração das empresas para com a AdC é um pilar fundamental da sua actividade, sem o qual a sua missão não seria possível. Esta é, aliás, uma constatação válida para qualquer autoridade administrativa de supervisão – a colaboração dos agentes económicos é um instrumento imprescindível ao desempenho da respectiva missão e, nessa medida, o dever de colaboração, quase sempre corporizado numa obrigação legal específica, tem uma indiscutível raiz constitucional.

Para além desta característica de ferramenta auxiliar do desempenho pela AdC da sua função, permitindo-lhe, muitas vezes de forma exclusiva, o exercício dos seus poderes de supervisão e sancionatórios, o dever de colaboração dos agentes económicos perante aquela entidade, quando inserido no contexto específico de um processo de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência, assume igualmente a natureza de *dever de cooperação para a boa administração da justiça e para a descoberta da verdade*, à semelhança do que sucede com os deveres consagrados, entre outras instâncias, a nível processual civil (artigo 519.º n.º 1, do Código de Processo Civil – CPC) e penal (por ex., artigos 131.º, n.º 1, 153.º, n.º 1 e 172.º do Código de Processo Penal – CPP)¹⁵. Também nessa medida visa assegurar a satisfação de um interesse público de todo o relevo e igualmente de génese constitucional.

Tal como está consagrado legalmente, o dever de colaboração para com a AdC não apresenta limites de conteúdo, sendo, nessa medida, tendencialmente absoluto. Assim, se no caso concreto não houver factores de constrangimento, os agentes económicos a quem a AdC dirige um pedido de informações ou de entrega de documentos têm a obrigação de responder integralmente e com verdade. Há contudo, naturalmente, várias razões que podem legitimar uma recusa de resposta total ou parcial, podendo afirmar-se que, em termos genéricos, as mesmas são reconduzíveis ao necessário para

¹⁴ Wils, 2003: 17.

¹⁵ Veja-se, no domínio processual penal, o que afirma o Tribunal da Relação de Coimbra (acórdão de 18/02/2009, Processo 436/08.9YRCBR) sobre o dever de colaboração: “O dever de colaboração com a administração da justiça visa satisfazer o interesse público do jus puniendi, mais concretamente, a realização de diligências de prova que permitam determinar se os arguidos praticaram ou não os crimes que lhe estão imputados, sob a égide do princípio da descoberta da verdade material e, assim, do interesse da boa administração da justiça penal.”. Cremos que, com as devidas adaptações decorrentes das diferenças entre o processo penal e o processo contra-ordenacional, semelhante juízo pode ser formulado a propósito do dever de colaboração perante a AdC.

a salvaguarda de direitos fundamentais dos agentes económicos em causa, tenham estes, ou não, a qualidade de arguidos.

3. A QUESTÃO DO CONFLITO ENTRE O DEVER DE COLABORAÇÃO DAS EMPRESAS E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR*

Efectivamente, o dever de colaboração das empresas perante a AdC não é absoluto. Na realidade, as empresas, associações de empresas e qualquer outra pessoa podem recusar-se, legitimamente, a responder a pedidos de informações ou de outros elementos que lhes tenham sido endereçados pela AdC com base em diversas razões¹⁶, quer tais pedidos tenham sido formulados ao abrigo dos seus poderes de supervisão quer o tenham sido no exercício dos seus poderes sancionatórios.

Quando especificamente esteja em causa um processo de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência, o dever de colaboração pode ter que sofrer limitações para que seja garantido o exercício dos direitos de defesa dos arguidos nesse processo. Mais concretamente, uma recusa de prestar a colaboração solicitada pode ancorar-se no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou *nemo tenetur se detegere*).

3.1. O princípio *nemo tenetur*

Segundo este princípio, ninguém é obrigado a admitir a sua participação numa infracção, a contribuir para a sua própria incriminação.¹⁷ Está em causa uma verdadeira *prerrogativa de não auto-incriminação* (ou *de não auto-inculpação*¹⁸), da qual surgem, como corolários, o *direito ao silêncio* e o *direito de não facultar meios de prova*.¹⁹

O direito ao silêncio está consagrado no CPP, designadamente, entre outros, no artigo 61.º, n.º 1, al. d), não sendo esta disposição, em nossa opi-

¹⁶ De entre essas razões, assumem especial relevo todas as que se relacionam com a salvaguarda dos vários tipos de segredos que merecem tutela legal – segredo de negócios, segredo de justiça, segredo profissional, segredo bancário, etc., – e também com a protecção da reserva da vida privada.

¹⁷ Costa Ramos, 2006: 131. Ou, ainda, de não produzir prova contra si próprio – Opinião do juiz Martens no caso *Saunders*, *apud* Wils, 2003: p. 9.

¹⁸ Silva Dias & Costa Ramos, 2009.

¹⁹ Cf. Sousa Mendes, 2009a: 217, 2009b: 712 e 2009c: 15. Sobre estas “modalidades” do privilégio de não auto-incriminação (direito de se manter em silêncio quando questionado e direito de não produzir prova), cf. Dennis, 1995: 345 ss.

nião, aplicável no âmbito de processos de contra-ordenação por infracções a regras de defesa da concorrência.

De facto, é nosso entendimento que o regime que consagra os deveres de colaboração das empresas perante a AdC, e que resulta da aplicação conjugada das disposições *supra* mencionadas, é um regime claro e completo, que manifesta uma inequívoca intenção do legislador de negar a possibilidade de os arguidos em processos de contra-ordenação por infracções anticoncorrenciais se furtarem a responder aos pedidos de informações e a entregar documentos feitos nesse âmbito. Perante a manifesta ausência de lacunas nesta matéria, fica afastada a necessidade e a adequação de recurso, por via subsidiária, ao direito processual penal (previsto em abstracto no artigo 41.º do RGCO, *ex vi* artigo 22.º da LdC), sendo nessa medida de negar a aplicação do artigo 61.º, n.º 1, al. c), do CPP aos processos de contra-ordenação da concorrência.²⁰

Deve reconhecer-se, porém, que a prerrogativa de não auto-incriminação é aplicável a este tipo de processos de contra-ordenação por aplicação directa do artigo 32.º, n.º 10, da CRP.²¹ De facto, sendo unânime a base constitucional (ainda que indirecta ou implícita) deste direito²², nomeadamente enquanto

20 Isto mesmo já foi afirmado várias vezes pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, em apreciação de recursos de decisões da AdC – veja-se, por exemplo, Sentença do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 8 de Maio de 2007, proferida no âmbito do Processo n.º 205/06.0TYLSB e Sentença do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 28 de Julho de 2006, proferida no âmbito do Processo n.º 261/06.1TYLSB. Neste mesmo sentido, Reis Silva, 2007: 66-67.

21 Nesse sentido, Reis Silva, 2007: 62 ss.

22 Apesar de o princípio não estar expressamente consagrado na CRP, há unanimidade na doutrina quanto à sua natureza constitucional, falando-se por vezes numa “consagração implícita”. Essa unanimidade já não se verifica, contudo, no momento da determinação da sua base jurídico-constitucional. Podem distinguir-se basicamente duas correntes. Para a *substantiva*, o fundamento do princípio decorreria de alguns direitos fundamentais expressamente consagrados na CRP, como o da dignidade da pessoa humana ou os direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade. Os adeptos da corrente *processualista*, por seu lado, encontram a raiz daqueles direitos nas garantias processuais reconhecidas expressamente ao arguido. É a corrente *processualista* que, entre nós, parece merecer maior simpatia por parte dos Autores que se têm debruçado sobre este tema. Apesar de nunca perderem de vista, como inegavelmente inspiradores do direito à não auto-incriminação, os direitos fundamentais de natureza substantiva acima referidos, os Autores portugueses preferem encontrar a matriz imediata daquele direito nas garantias processuais reconhecidas ao arguido, quer em termos mais genéricos (cf. Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 42), quer de uma forma mais direccionada, apelando sobretudo ao princípio da presunção da inocência (cf. Figueiredo Dias, 1992: 27-28; Palma, 2008 / 2009; Reis Silva, 2007: 63; Simas Santos & Leal-Henriques, 2004: 318) mas também ao direito a um processo equitativo (cf. Costa Ramos, 2006: 71). Também o Tribunal Constitucional, no seu acórdão 695/95, parece aderir à corrente *processualista*, afirmando ser o direito ao silêncio “*uma componente das garantias de defesa asseguradas no artigo 32.º da CRP, cujo objectivo último é a protecção da posição do arguido como sujeito do processo*”. Sobre esta matéria, ver também, na doutrina estrangeira, com desenvolvimentos interessantes, MacCulloch, 2006: 211 ss. e Stessens, 1997: 5.

uma das garantias de defesa dos arguidos em processo penal, facilmente a sua vigência se estende aos procedimentos contra-ordenacionais por força do n.º 10 do artigo 32.º da CRP. Tal aplicação directa inclui quer o direito ao silêncio quer o direito de não fornecer meios de prova, ambos, como vimos, corolários do princípio *nemo tenetur*.

Tendo em conta a natureza contra-ordenacional deste tipo de processos, a aplicação das garantias de defesa deverá ser feita considerando as respectivas especificidades. É importante não esquecer que o Direito processual penal e o Direito contra-ordenacional mantêm características, estruturas e escopos distintos, e que essa diferente configuração geral não pode deixar de se reflectir na consagração de garantias diferentes para os investigados num ou noutro tipo de processos.²³

Uma vez reconhecido que a prerrogativa de não auto-incriminação estende o seu âmbito de protecção aos processos de contra-ordenação por infracções às regras de defesa da concorrência, ainda que atentas necessariamente as especificidades deste tipo de processo, a questão que se coloca é a de como compatibilizar esse direito, que assiste aos investigados, com o dever de colaboração a que se encontram, como vimos, adstritos.

3.2. A resolução do conflito entre o princípio *nemo tenetur* e o dever de colaboração

A situação que se pode colocar em concreto é a seguinte: no âmbito de um processo de contra-ordenação a correr termos junto da AdC, um determinado suspeito ou arguido é objecto de uma inquirição, oral ou escrita, por parte daquela Autoridade, ou de um pedido de elementos, no exercício dos poderes previstos na al. a) do n.º 1 do artigo 17.º da LdC. Nos termos do artigo 43.º, n.º 3, alíneas a) e b), da mesma Lei, o suspeito ou arguido é obrigado a responder, sob pena de lhe ser aplicada uma coima. Tal obrigação pode, nesse

²³ Isto mesmo foi aliás afirmado pelo próprio Tribunal Constitucional, num Acórdão (344/93) em que afirma serem diferentes os princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação das contra-ordenações, e que a diferente natureza dos bens jurídicos tutelados por estas duas categorias de ilícito e a sua desigual ressonância ética não poderão deixar de se reflectir no regime processual próprio de cada um desses ilícitos, bem como no “estatuto” dos sujeitos processuais que neles podem intervir. Mais tarde, veio o mesmo Tribunal Constitucional reafirmar que “[o]s ilícitos criminais e contra-ordenacionais são muito diferentes” (Acórdão de 12/04/2000, publicado em 03/11/2000).

caso concreto, conflitar com o direito que lhe assiste de se manter em silêncio e com o direito de não entregar meios de prova.²⁴

Ou seja, há um conflito latente, potencial, susceptível de se concretizar em qualquer momento, entre, por um lado, o dever de colaboração perante a AdC e, por outro, o direito ao silêncio e/ou o direito de não entrega de meios de prova.

Como vimos, o dever de colaboração dos agentes económicos perante a AdC é, paralelamente ao poder de realização, por esta, de buscas e inspecções, um instrumento fundamental para a prossecução da missão de fazer respeitar as regras de defesa da concorrência em Portugal. A atribuição desta missão à AdC, por seu turno, visa o cumprimento, pelo Estado, de uma das incumbências prioritárias que a Constituição lhe atribuiu – “assegurar o funcionamento dos mercados...” (artigo 81.º, al. e), da CRP²⁵). E pretende, ainda, garantir um dos princípios fundamentais da organização económica, a *liberdade de iniciativa económica privada* (artigo 61.º da CRP), da qual a defesa da concorrência é um instrumento fundamental.

A iniciativa económica privada é, nessa medida, um autêntico direito fundamental²⁶, a defesa da concorrência, que lhe é instrumental, é uma verdadeira “*imposição constitucional*”²⁷, sendo, nessa medida, a própria concorrência “*um bem constitucional*”.^{28/29}

Se encarmos aquele dever de colaboração como um instrumento essencial para o prosseguimento da missão de defesa da concorrência que incumbe

24 Cf., sobre este problema, Sousa Mendes, 2009c: 12.

25 Constituindo esta disposição, nessa medida, “o fundamento jurídico-constitucional da lei de defesa da concorrência” – Marques, 2002: 45.

26 Que pode ser definido como “o direito fundamental de as pessoas, singulares ou colectivas, e os grupos [...] exercerem a actividade económica de produção” – Sousa Franco, 1982-1983: p. 228. Moncada (2007: 140-14 e 114) chama a atenção para o facto de, depois da revisão constitucional de 1982, o direito de livre iniciativa económica privada ter deixado de ser encarado como um mero princípio objectivo de organização económica e ter passado a ser considerado como um autêntico direito fundamental (de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias), independente de qualquer outro direito. Cf. também, sobre a evolução do tratamento dado à concorrência e à livre iniciativa económica nas constituições portuguesas, Marques, 2002: 41.

27 Moncada, 2007: 485.

28 Mateus, 2006: 1077. O Autor afirma também, com total propriedade, que “a preservação e promoção da concorrência é um bem público que suporta o funcionamento da economia de mercado e mesmo a própria democracia” (1067).

29 Realce-se igualmente que a “concorrência salutar dos agentes mercantis” é um dos objectivos da política comercial consagrados constitucionalmente (artigo 99.º, al. a), da CRP).

à AdC e, nessa medida, imprescindível à concretização do direito de iniciativa económica privada³⁰, facilmente compreendemos que, sempre que o mesmo conflitua, num caso concreto, com o direito ao silêncio e/ou com o direito de não entrega de meios de prova, estamos perante uma situação de colisão de direitos fundamentais, na medida em que nenhum dos direitos em causa pode, naquelas circunstâncias, ser exercido em toda a sua plenitude.

Em termos abstractos, não estamos perante direitos incompatíveis (nem tal poderia suceder, tendo em conta a necessária unidade do sistema constitucional). Além disso, nenhuma restrição constitucional, directa ou indirecta (isto é, por consagração constitucional expressa ou através de autorização dada pela Constituição ao legislador ordinário), foi estabelecida para evitar ou solucionar eventuais colisões entre estes dois direitos. Assim, o conflito entre o direito de iniciativa económica privada, por um lado, e os direitos corolários do princípio *nemo tenetur*, por outro, é um conflito latente, potencial, cujos contornos exactos apenas podem ser traçados casuisticamente, em face das circunstâncias de cada situação concreta.

Sendo certo que, em caso de conflito, se torna impossível que ambos os direitos sejam simultaneamente exercidos na sua plenitude, parece inegável que a solução para o mesmo passa pela restrição ou limitação dos respectivos conteúdos.

As restrições ou limitações aos direitos fundamentais têm sido objecto dos mais diversos tratamentos dogmáticos, quer pela doutrina quer pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, sendo muito variada a fundamentação e a terminologia empregue nesta matéria.³¹

Miranda (2000: 328 ss.), depois de esclarecer que a restrição “*afecta certo direito [...], envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidos*”, assim se distinguindo dos limites de objecto que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, classifica as restrições em: *imediatas* (previstas expressamente pela Constituição); *mediatas* (previstas pelo legislador ordinário mediante autorização da Constituição) e *implícitas* (que decorrem, não de preceitos, mas de princípios constitucionais). Quando qualquer uma destas

30 Moncada, 2007: 144-145: “... a defesa constitucional do direito de livre empresa privada implica claras tomadas de posição do legislador ordinário quanto a questões como [...] defesa da concorrência...”.

31 Sobre essa variedade terminológica e dogmática, cf. em especial Reis Novais, 2003: 255 ss. e Alexandrino, 2007: 108 ss.

restrições tem a sua razão de ser na necessidade de conjugação dos direitos e garantias entre si e com outros direitos fundamentais, está pressuposta a figura da *colisão* ou do *conflito de direitos*. Cremos assim que, de acordo com a posição do Autor, no caso que nos ocupa estaríamos perante uma colisão ou conflito de direitos a ser resolvida através de uma restrição implícita.

Vieira de Andrade (2009: 266 ss.), por seu turno, distingue, dentro da categoria ampla dos *limites* ou *limitações* ao conteúdo constitucional dos direitos fundamentais: os *limites imanes* ou *constitucionais* de um direito fundamental, que delimitam o âmbito de protecção constitucional do direito; as *restrições abstractas* aos direitos fundamentais operadas pelo legislador ordinário mediante autorização da Constituição para salvaguarda de outros valores constitucionais (*leis restritivas* de direitos fundamentais) e a *limitação* ou *harmonização* de direitos necessária em caso de *colisões* de direitos ou *conflitos* entre direitos e valores constitucionais em determinadas situações concretas (como parece ser o caso na situação que analisamos).

Canotilho (2003: 1276 ss.) distingue a delimitação do âmbito de protecção dos direitos fundamentais das situações de *restrição* ou *limitação*, classificando os limites em três tipos: os que são estabelecidos directamente pela Constituição (*limites ou restrições constitucionais imediatos*); os que são estabelecidos por lei mediante autorização expressa da Constituição (*limites ou restrições estabelecidos por lei*) e os *limites imanes* ou *limites constitucionais não escritos*, que encontram justificação no contexto sistemático da Constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos (o que parece ser a situação aplicável ao caso que nos ocupa).

Canotilho & Moreira (2007: 388 ss.) traçam igualmente uma fronteira entre a delimitação do âmbito do direito fundamental e a figura da restrição do exercício do direito. Quanto às *restrições*, distinguem entre: as que resultam de uma previsão constitucional expressa; as que são criadas por lei com autorização da Constituição e as “*restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*”, que “*não podem deixar de admitir-se para resolver problemas de ponderação de conflitos entre bens ou direitos constitucionais*”.

Reis Novais (2003), depois de assinalar a significativa “*diversidade de terminologias e tipos propostos*”³² pela doutrina nacional e alemã, e de dar conta do “*eclectismo e inconstância dogmática notórios*”³³ da jurisprudência do Tribunal

32 255 ss.

33 184 ss.

Constitucional português nesta matéria³⁴, opta pela adopção de um *conceito abrangente de restrição aos direitos fundamentais*³⁵, enquanto “*afecção ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses da liberdade*”³⁶, colocando o enfoque da sua análise nas *restrições não expressamente autorizadas pela Constituição* (como é, cremos, o caso nas situações que analisamos), permitidas ao abrigo de uma “*reserva geral imanente de ponderação*”.

Alexandrino (2007) distingue os *limites*³⁷ das *restrições*³⁸ e das *intervenções restritivas*³⁹. O Autor traça ainda a fronteira entre as restrições, nomeadamente as “*restrições implicitamente autorizadas*”, que correspondem a uma colisão de direitos no plano abstracto, das situações de *colisão de direitos*, que se verificam quando “*num caso concreto, a protecção jurídica emergente do direito fundamental de alguém colida com a de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteger outros bens ou interesses constitucionais*”.⁴⁰

Apesar da diferente forma de classificar as situações de limitações ou restrições aos direitos fundamentais, parece-nos que podemos, sem demasiado arrojado, tentar retirar dos ensinamentos dos vários Autores nesta matéria alguns pontos comuns que vão para além das divergências (essencialmente terminológicas, cremos) que assinalámos, e que nos podem auxiliar na procura de uma solução para o problema que nos ocupa.

Assim, os Autores são unânimes na afirmação de que os direitos fundamentais não têm um carácter absoluto nem ilimitado, sendo “*inevitável*

34 Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de restrições aos direitos fundamentais, cf. também Nabais, 2007: 23 ss.

35 Reis Novais, 2003: 156 ss. e 247 ss.

36 157.

37 Que define como “*normas que excluem a protecção ou afectam as possibilidades de realização de um direito fundamental*”: 112-113.

38 Definidas como “*as acções normativas que afectam desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de protecção de um direito fundamental previamente delimitado*”: 114.

39 Através das quais se afecta o conteúdo de uma posição individual, deixando intocada a norma e os efeitos gerais da norma de direito fundamental, mas que necessita, em regra, de ter apoio prévio numa norma legal: 116.

40 Esclarece o Autor que a resolução da colisão de direitos no caso concreto não cabe ao legislador, mas sim aos titulares dos direitos em presença, às entidades eventualmente chamadas a intervir e, em última instância, aos tribunais (116).

e sistémica”⁴¹ a conflitualidade entre eles ou com outros bens de natureza constitucional.⁴²

Também todos distinguem as situações de delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais (ou, dito de outra forma, de definição do respectivo âmbito de protecção) da sua limitação, restrição ou compressão.⁴³ Esta limitação pode ser necessária para garantir a salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais que com ele conflituam numa determinada situação.⁴⁴ Há quem coloque o acento tónico na ideia de *limitação* ou *restrição* e quem prefira falar em *harmonização*, *compatibilização*, *optimização*, *balanceamento* ou *concordância prática*⁴⁵, mas a ideia essencial é comum: é da necessidade de compatibilizar entre si os direitos fundamentais que decorre a exigência, em determinadas situações de conflito, de compressão dos respectivos conteúdos.

A unanimidade também existe na admissão de restrições que tenham aquele objectivo, mas que não encontrem consagração expressa na Constituição.

Por fim, também a existência de requisitos materiais à restrição ou limitação é pacífica: a mesma terá, pelo menos e indiscutivelmente, que obedecer a

41 Vieira de Andrade, 2009: 264.

42 Cf. também, entre outros, Miranda, 2000: 336-337: “nenhum direito e também nenhuma restrição podem ser encarados isoladamente, à margem dos restantes direitos e dos princípios institucionais que lhes subjazem” e Reis Novais, 2003: 569-570: “partimos [...] da aceitação de princípio da limitabilidade dos direitos fundamentais”, sendo que “qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de protecção jurídica assim o exijam”.

43 O que permite distinguir o “âmbito de protecção” (que significa que um bem é protegido mas pode ser objecto de medidas desvantajosas de entes públicos ou privados que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e limites) do “âmbito de garantia efectiva” (do domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita) – Canotilho, 2008a: 199.

44 Segundo Miranda (2000: 334), as restrições que visam a conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais pressupõem a figura da *colisão* ou do *conflito* de direitos. Para Vieira de Andrade (2009: 266): “poderá afirmar-se que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esse e outros valores comunitários – no contexto do sistema constitucional”. Canotilho & Moreira (2007: 391-392), por seu turno, afirmam que “o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito, desmotivado”, sendo necessário que as restrições estejam “teleologicamente vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos”.

45 Miranda (2000: 337) refere a “concordância prática” e também a “harmonização” e “optimização” dos direitos, liberdades e garantias. Vieira de Andrade (2009: 267) fala em “limitação” ou “harmonização” dos direitos que conflituam ou podem conflitar directamente em determinada situação concreta e nessas circunstâncias se limitam reciprocamente. Canotilho & Moreira (2007: 390-391) falam na necessidade de “conjugação ou compatibilizar” os direitos fundamentais com outros direitos ou bens constitucionais, e ainda em “ponderação de conflitos”. Canotilho (2008b: 261) refere-se a “balanceamento”.

critérios de proporcionalidade e que garantir a salvaguarda do núcleo essencial de cada direito.

É importante fazer notar, neste ponto, que, não obstante o artigo 18.º, n.º 2, da CRP conter requisitos quer de natureza material quer de natureza formal às restrições a operar a direitos fundamentais, o reconhecimento de algumas das modalidades de restrição acima mencionadas implica a aceitação de que, nalguns casos, as condições formais não se verifiquem. Imprescindíveis, exigíveis unanimemente e independentes das classificações e tipologias adoptadas são os critérios materiais acima mencionados, decorrentes da própria ideia de Estado de Direito.⁴⁶ Passemos à sua análise.

O *princípio da proporcionalidade em sentido amplo* desdobra-se em três sub-princípios: *a)* princípio da *necessidade* (ou da *indispensabilidade*), exigindo-se, neste contexto, que a restrição a um direito seja imprescindível, por ausência de outro meio menos oneroso, à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos; *b)* princípio da *adequação* (ou da *idoneidade*), requerendo que essa restrição seja apta para a realização daquele fim; e *c)* princípio da *proporcionalidade em sentido restrito* (ou da *justa medida*), impedindo-se a adopção de medidas restritivas excessivas em relação ao fim pretendido.⁴⁷

Trata-se de um critério que só pode ser aferido em concreto, em função do contexto e de todas as circunstâncias relevantes, incluindo o âmbito, o peso e a medida de cada um dos direitos na situação em causa, a natureza do caso e a condição e o comportamento das pessoas envolvidas.⁴⁸

Ainda que a restrição seja proporcionada no sentido referido, há ainda um segundo limite: a mesma não pode violar o *núcleo essencial* (ou “*conteúdo essencial*” ou “*domínio garantido*”) do direito ou direitos cujo conteúdo há necessidade de comprimir.

Este conteúdo essencial surge, assim, como “*um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito*”, funcionando “*como barreira última e efectiva contra o abuso de poder*”⁴⁹, como “*o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas*”⁵⁰, como “*uma proibição abso-*

46 Neste sentido, veja-se Reis Novais, 2003: 190.

47 Canotilho & Moreira, 2007: 392-393. Ver também Miranda, 2000: 340; Alexandrino, 2007: 124 ss. e Vieira de Andrade, 2009: 286 e 305.

48 Cf. Alexandrino, 2007: 117 e Vieira de Andrade, 2009: 306-307.

49 Miranda, 2000: 340-341.

50 Canotilho, 2008b: 261.

*luta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável*⁵¹, enfim, como “*uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias*”.⁵²

A procura do núcleo essencial de cada direito exige uma prospecção histórica e teleológica, uma busca do sentido do direito ao longo do tempo e nos mais variados espaços e domínios jurídicos, podendo tal avaliação, tendo embora em conta o direito que está efectivamente consagrado num quadro constitucional específico, ser feita em abstracto.

Assim, e sintetizando o que referimos sobre as condições materiais para qualquer restrição a um direito fundamental, podemos afirmar que, se em abstracto o núcleo essencial desse direito é o limite último que nunca pode ser ultrapassado⁵³, num caso concreto de conflito um outro limite deve ser sempre traçado: aquele que é o resultado da aplicação do critério da proporcionalidade, no sentido amplo atrás exposto. A aplicação desse juízo de proporcionalidade pode levar a que a restrição não atinja a fronteira do núcleo essencial, deixando intocada uma franja que, em abstracto e tendo em conta apenas esse limite último, poderia ser eliminada.⁵⁴

Sendo essa proporcionalidade apenas aferível em concreto, resta-nos tentar determinar qual o *núcleo essencial do direito à não auto-incriminação*, para que fiquem tão claros quanto possível os limites que não podem ser ultrapassados na compressão, em sede de procedimento contra-ordenacional por restrições às regras da concorrência, que se venha a revelar necessária para assegurar a sua concordância prática com o dever de colaboração perante a AdC (instrumento fundamental da defesa da concorrência e, em última instância, do direito de iniciativa económica).

Fazemos tal tentativa com a certeza, e acompanhando Vieira de Andrade, de que, como em qualquer outro direito, esse limite, esse núcleo essencial que

51 Vieira de Andrade, 2009: 286.

52 Canotilho & Moreira, 2007: 395.

53 “*Descer abaixo daquele conteúdo mínimo é transformar o cidadão em servo do poder.*” – Moncada, 2007: 153.

54 Veja-se Nabais (2007: 39, nota 73), que diz poder entender-se o conteúdo essencial como “*um núcleo absoluto a que acresce uma auréola que nos é fornecida, em cada caso concreto, pela proporcionalidade*”, sendo que, nessa perspectiva, “*o conteúdo essencial não é só algo absolutamente intocável, mas também, e além disso, algo relativamente intocável em virtude da proporcionalidade*”. Vieira de Andrade (2009: 286) chama precisamente a atenção para o facto de o n.º 2 do artigo 18.º da CRP consagrar um *princípio da proporcionalidade* em sentido amplo, que inclui “*a proibição de restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais dos direitos, liberdades e garantias, independentemente de tais restrições afectarem o conteúdo essencial (absoluto) dos preceitos constitucionais*”. Também Canotilho & Moreira (2007: 395) realçam que “[a] *garantia do conteúdo essencial é um mais em relação ao princípio da proporcionalidade*”.

se deve manter intacto, é aquele que permite preservar “a dignidade do homem livre”⁵⁵, significando isto que a restrição não pode “atentar contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da ideia de dignidade humana, constituem o fundamento (a essência) de cada preceito constitucional”.⁵⁶

3.2.1. O núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*

A procura do núcleo essencial do princípio *nemo tenetur* obrigar-nos-ia a pesquisar o seu sentido, a razão de ser histórica da sua consagração. Não nos alongaremos, porém, dada a profusão de bons textos já existentes nesta matéria, para os quais remetemos.⁵⁷

Em jeito de síntese, e de uma forma bastante simplificada, relembramos que o princípio tem origem anglo-saxónica, tendo sido referenciado na *Magna Charta* (1215) e consagrado no direito inglês, como princípio de *common law*, a partir de 1679, essencialmente para servir como protecção contra o “juramento *ex officio*” amplamente utilizado nos tribunais eclesiásticos, em que o acusado era obrigado a responder, sob juramento, a todas as questões que lhe eram colocadas, muitas vezes sem ter conhecimento das acusações pendentes contra si. A sua origem remonta, nesse sentido, “ao período de viragem do processo penal inquisitório para o processo acusatório”⁵⁸, tendo sido precisamente uma forma de reacção a procedimentos inquisitórios que transformavam o arguido em instrumento da sua própria acusação.⁵⁹

Actualmente, o debate para a justificação da sua vigência tem girado em torno de princípios e ideias como a presunção de inocência, o processo justo, a garantia de privacidade ou a protecção contra escolhas cruéis ou contra condenações injustas.⁶⁰

55 Vieira de Andrade (2009: 287): “...a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista com um limite absoluto a esse poder de restrição”. Cf. também, no mesmo sentido, Moncada (2007:153).

56 Vieira de Andrade, 2009: 288.

57 Cf. entre outros, Palma, 1994; Costa Ramos, 2006; Sá, 2006; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009; Silva Dias & Costa Ramos, 2009. Consultar ainda o artigo “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, de Augusto Silva Dias, neste Dossier Temático. Na doutrina estrangeira, e com especial interesse, cf. MacCulloch, 2006: 213 ss. e Stessens, 1997.

58 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 9.

59 Palma (1994: 102): “No processo inquisitório, a ideia-força era a de uma realização absoluta do interesse do estado, que exigia a redução do arguido a objecto do processo sem quaisquer direitos ou liberdade de actuação.”

60 Cf., em especial, Dennis, 1995: 348 ss. e MacCulloch, 2006: 213 ss.

Em termos de doutrina sobre o princípio, apelamos, porque especialmente elucidativos, aos ensinamentos de Costa Andrade (2006: 120 ss.): afirma o Autor que a dimensão negativa da liberdade de declaração do arguido veda ao Estado “*todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, declarações auto-incriminatórias*”, e que “*o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, sc., a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa*”, acrescentando que “*não impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um dever de verdade.*” E ainda, que “[*o*] *que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade*”.

Estas são afirmações que nos parecem resumir de uma forma muito certa o conteúdo do princípio *nemo tenetur*, quando definido na sua plenitude e dentro do seu âmbito de aplicação natural – o processo penal.

Parece certo também, porém, que a sua aplicação *qua tale* ao domínio das infracções às regras de defesa da concorrência é incompatível com a manutenção, no âmbito dos procedimentos por aquele tipo de infracções, de deveres de colaboração para com a AdC. De facto, não se pode dizer, quanto aos arguidos naquele tipo de processos, que sobre eles não impende um *dever de colaboração*, dado este estar legalmente consagrado. Nem se pode dizer, por essa mesma razão, que sobre os mesmos não recai um *dever de verdade*, o que só é aceitável parcialmente. Nem mesmo se pode afirmar que lhes está garantido integralmente o direito de, por qualquer forma, *não contribuírem para a sua própria condenação*, uma vez que esse contributo, ainda que indirecto, pode ser o resultado do cumprimento daquele mesmo dever de colaboração.

Esta incompatibilidade entre a aplicação plena do princípio *nemo tenetur* e a existência de deveres de colaboração perante a AdC não é seguramente de estranhar. É preciso não esquecer que não nos movemos em domínio processual penal mas contra-ordenacional e, especialmente, que falamos numa actividade de supervisão e regulação levada a cabo por uma entidade a quem foram, para garantia da eficácia da sua missão, conferidos poderes especiais.

Assim, sendo certo que não se pode exigir uma aplicação plena do princípio *nemo tenetur* neste contexto, há que depurá-lo, tentando reduzi-lo ao seu núcleo essencial, ao seu conteúdo intangível, comprimindo-o até ao limite a partir do qual os direitos que são seus corolários deixem de existir como tais.

O que, na nossa opinião, se pode extrair das afirmações de Costa Andrade e da razão de ser histórica do princípio *nemo tenetur*, e que, quanto a nós,

resume o essencial daquele princípio, é que *ninguém pode ser coagido a emitir declarações auto-incriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação numa infracção, uma vez que tal admissão, a verificar-se, deverá ser sempre um acto totalmente livre e consciente.*⁶¹

O que, em nosso entender, deve ser considerado violador da “*dignidade do homem livre*” é a obrigação que por qualquer meio resulte para alguém de admitir que cometeu uma infracção, o que significaria transformar esse alguém no meio directo de prova da própria infracção que cometeu ou, dito de outra forma, no objecto imediato da sua própria condenação.⁶²

Este é, parece-nos, o núcleo essencial do princípio, é o limite que não pode ser ultrapassado sob pena de violação do direito à não auto-incriminação. E é um limite que deve valer para qualquer tipo de procedimento sancionatório, mesmo aqueles que se inserem num quadro legal em que, paralelamente, estão consagrados deveres de colaboração por parte dos próprios arguidos. Como é o caso das infracções por violação das regras de defesa da concorrência.

3.2.2. O princípio *nemo tenetur* nos processos de contra-ordenação por violação de regras de defesa da concorrência

Daqui se conclui que, *no âmbito de um processo de contra-ordenação por violação de regras de defesa da concorrência, o dever de colaboração de uma pessoa ou entidade cessa a partir do momento em que dessa colaboração resulte uma admissão expressa e não voluntária de participação numa infracção.* Este é o limite que permite que o núcleo essencial do direito ao silêncio se mantenha intacto.

O que já não é legítimo, sob pena de se aniquilar, por seu turno, o essencial do dever de colaboração neste contexto em que nos situamos, é alguém recusar-se a prestar uma informação ou a entregar um documento à AdC simplesmente invocando que essa informação ou esse documento podem vir a ser utilizados para prova da infracção em que tenha participado e nessa

61 Encontramos um bom resumo em Andreangeli, 2008: 124: “É suficiente dizer que o privilégio responde à necessidade de proteger pessoas singulares sujeitas a um procedimento criminal de formas de coerção exercidas pelas autoridades, através das quais estas tentam forçá-las a confessar um crime do qual são acusadas.” Tradução nossa do original em inglês: “It is sufficient to say that the privilege responds to the need to protect individuals subjected to criminal proceedings from forms of compulsion exercised by the authorities seeking to force them to confess to the crime of which they had been accused.”

62 Cf. Figueiredo Dias (1992: 28): “...o princípio da presunção de inocência, ligado directamente ao princípio da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitado pelo respeito pela sua decisão de vontade.”. Cf. também Palma (2008 / 2009): “O arguido é um sujeito processual e, em regra, não pode ser utilizado, contra a sua vontade, como fonte de prova contra si mesmo.”.

medida contribuir para a sua condenação. Sendo a prova da infracção o que se pretende com a consagração do dever de colaboração em sede de procedimentos sancionatórios por violação de regras de defesa da concorrência, esse resultado (isto é, a obtenção de prova) não pode ser invocado como causa justificativa da recusa.

Tendo em conta a consagração de um dever de colaboração que, tal como previsto, não apresenta limitações expressas, a compressão do direito ao silêncio e/ou do direito a não apresentar meios de prova tende a aproximar-se do limite do admissível tendo em conta a inviolabilidade do núcleo essencial. Dito de outra forma, aqueles direitos tendem, em sede de procedimentos contra-ordenacionais por violação de regras da concorrência, a ser comprimidos até à fronteira a partir da qual o seu núcleo essencial já seria violado. Tal compreende-se na medida em que, em conflito com estes direitos, se encontra um dever legalmente muito amplo, consagrado num contexto especial de regulação⁶³ e que visa garantir a livre concorrência, por sua vez instrumental do direito fundamental à iniciativa económica privada, cujo núcleo essencial – também ele, no limite, reconduzível à ideia de liberdade e de dignidade humana – há igualmente que preservar.

Admitimos, contudo, em tese, que essa compressão poderá ter que ser menor, situando-se numa franja que não toca aquele limite, sempre que a isso conduza a aplicação, no caso concreto, dos critérios de proporcionalidade a que fizemos referência. Como dissemos, trata-se de um critério que é aferido em face de cada situação concreta, pelo que só casuisticamente poderá ser feita essa avaliação.

63 O facto de a AdC desempenhar uma actividade de regulação ou supervisão (em sentido amplo) tem que estar sempre presente na nossa análise. Já noutros domínios, como no do mercado dos valores mobiliários, foi realçada a especial natureza dos deveres de colaboração para com a respectiva autoridade de supervisão, nos seguintes moldes: “a lei portuguesa é clara e inequívoca quanto à consagração de deveres de colaboração”, os quais são apresentados como a “*contrapartida do privilégio de acesso profissional ao mercado*” – Costa Pinto, 2009: 85. Veja-se também Figueiredo Dias & Costa Andrade (2009: 47), que, referindo-se de um modo geral às entidades administrativas e reguladoras, entre as quais incluem a AdC, afirmam que “[é] essencialmente neste campo que encontramos as restrições ao princípio *nemo tenetur, impostas através do cumprimento de determinadas obrigações legais, necessárias ao cumprimento daquelas funções de vigilância*”. Também em geral, veja-se Palma (2008 / 2009), que afirma: “o direito ao silêncio não pode suspender os deveres de colaboração com o Estado de quem exerce uma actividade supervisionada” e “o arguido deve continuar a permitir a supervisão, sob risco de tal actividade passar a ser exercida sem controlo”.

4. A QUESTÃO NA JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA E NACIONAL

O percurso que percorremos até aqui levou-nos a uma definição dos termos em que consideramos ser possível compatibilizar o dever de colaboração previsto na LdC com o princípio *nemo tenetur*. Fizemo-lo apelando às teorias relativas aos conflitos entre direitos fundamentais e procurando definir o que entendemos ser o núcleo essencial dos direitos em causa.

Apesar de termos desbravado este caminho de forma autónoma, com base nos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico nacional, encontramos o conforto de ver confirmado o essencial das nossas conclusões na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE).⁶⁴

É sabido que, naquele âmbito, continua a constituir uma referência o acórdão *Orkem*.⁶⁵ Recorde-se que neste acórdão o TJCE afirma que a Comissão não pode “*impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração*”.⁶⁶

É também afirmado, contudo, que a Comissão já pode exigir que as empresas forneçam “*todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial*”.⁶⁷

Os Autores referem-se, na interpretação desde acórdão, a “*informação factual*”⁶⁸, a “*questões de natureza puramente factual*”⁶⁹, a “*questões puramente factuais*”⁷⁰. A qualificação pode ser perniciosa. Parece-nos que, concatenadas as duas afirmações do TJCE no acórdão *Orkem*, pode concluir-se que (e deixando de lado, para já, a questão da entrega de documentos pré-constituídos)

64 Consultar a este propósito o artigo “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência: uma análise da jurisprudência comunitária”, de Helena Gaspar Martinho, neste Dossier Temático.

65 O Acórdão *Orkem* tem merecido, no âmbito comunitário e desde que foi proferido, uma adesão total por parte da restante jurisprudência, tendo muito recentemente sido citado pelo Advogado-Geral Bot nas suas conclusões proferidas no âmbito do caso *Erste Bank* (Conclusões do Advogado-Geral Bot de 26 de Março de 2009, Processos C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Bank e o. vs. Comissão*, § 82). Sobre a “*jurisprudência comunitária pós-Orkem*”, cf. Moura e Silva, 2008: 91 ss.

66 § 35.

67 § 34.

68 Wils, 2003: 10.

69 Giannakopoulos, 2004: 103.

70 Schwarze, Rainer & Bosch, 2008: 33.

ali se pretende estatuir que as empresas são obrigadas a responder a questões cuja resposta não implique, por si só, a admissão da participação na infracção, embora sejam obrigadas a fornecer respostas que, quando conjugadas com outros elementos, possam contribuir para a construção da acusação contra si.⁷¹ A questão dos documentos suscita-nos mais dificuldades, como veremos adiante.

Esta jurisprudência não reúne apenas simpatizantes⁷², mas é, quanto a nós, a forma equilibrada de conseguir a concordância exigida entre o dever de colaboração das empresas e o direito à não auto-incriminação, no que respeita, pelo menos, a declarações do arguido prestadas na sequência de pedidos de informação por parte de autoridades da concorrência.

De facto, não faria sentido atribuir à Comissão Europeia ou, no nosso caso, à AdC, poderes para proceder a inquirições, inclusive a suspeitos ou arguidos num processo de contra-ordenação e, simultaneamente, ser-lhes permitida a sonegação de qualquer tipo de informação que, de uma forma ou outra, directa ou indirectamente, contribuisse para a sua condenação. Defender isso seria negar a existência de poderes que foram, no caso português, consagrados legalmente, e que o foram para o cumprimento de objectivos e princípios de natureza constitucional. Trata-se de garantir o efeito útil desses poderes e de, por essa via, operar a concordância prática entre valores de dignidade constitucional.⁷³

É, aliás, à necessidade de garantir a preservação do efeito útil dos poderes de investigação da Comissão que o acórdão *Orkem* se refere quando justifica

71 A propósito da distinção, afirma Stessens (1997: 57) que, para que haja violação do direito ao silêncio, a declaração deve ser “*directamente incriminatória*”, o que implica que um pedido de informações não pode ser feito de tal maneira que obrigue a pessoa em causa a fazer juízos subjectivos de valor sobre se determinada informação vai indicar a sua culpabilidade.

72 Veja-se Silva Dias & Costa Ramos (2009: 79), para quem “*a comprovação do carácter objectivo, prévio, não declarativo da existência de uma infracção, dos documentos e informações prestados pelos destinatários da actividade inspectiva ou supervisora não é um critério aceitável para decidir se houve ou não violação do direito a não contribuir para a auto-incriminação [...]*”. Entendem os Autores que “[*]*evado ao extremo, aquele critério permite, sem obstáculo, que os visados por uma daquelas actividades promovam, em silêncio, isto é, sem ‘admitir a existência de uma infracção’, a instrução do processo que desembocará na sua condenação”.

73 Moura e Silva (2008: 86) refere, a propósito do direito ao silêncio, a “*questão da articulação entre o interesse público na investigação e repressão de práticas anticoncorrenciais contrárias ao mercado comum, por um lado, e o interesse da protecção dos direitos de defesa, por outro*”. Considera o Autor que o acórdão *Orkem* “*continua a ser o ponto de partida para a compreensão do equilíbrio vigente na ordem comunitária entre aqueles interesses*”.

o direito que cabe à Comissão de obrigar as empresas a fornecer todas as “*informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento*”.⁷⁴

Também no acórdão *Mannesmannröhren-Werke*, em que o TJCE adere, no essencial à jurisprudência *Orkem*, se afirma que “[o] Regulamento n.º 17 não reconhece [...] à empresa que é objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se subtrair à execução dessa medida porque os seus resultados poderiam fornecer a prova de que cometeu uma infracção às regras de concorrência. Pelo contrário, impõe-lhe um dever de colaboração activa, que implica que coloque à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto da investigação”⁷⁵, recordando que os poderes atribuídos à Comissão por aquele Regulamento “*têm por objectivo permitir a esta última cumprir a missão [...] de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum*”⁷⁶ e que “*o reconhecimento do direito de guardar silêncio absoluto [...] iria além do que é necessário para preservar os direitos de defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência*”.

Neste acórdão surge claramente a enumeração das situações que não são susceptíveis de violar “*o princípio do respeito dos direitos de defesa ou o direito a um processo equitativo*”: assim, as empresas são obrigadas a “*responder às questões colocadas pela Comissão relativas unicamente a factos*” e a “*satisfazer pedidos de apresentação de documentos preexistentes*”.

E é apresentada uma justificação para a distinção: quanto a estes factos e a estes documentos preexistentes, as arguidas podem sempre demonstrar, no quadro do procedimento administrativo ou perante o juiz comunitário, ao exercer os seus direitos de defesa, “*que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão*”, o que, acrescentamos nós, não é possível relativamente às declarações que tiverem um conteúdo directamente incriminatório.⁷⁷

Chama-se a atenção para o facto de o Regulamento n.º 1/2003, embora não contendo uma disposição sobre esta matéria, se referir a ela no considerando 23, parecendo aderir à jurisprudência do TJCE ao estatuir que: “*as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são*

74 Considerando 34.

75 Considerando 66.

76 Considerando 60.

77 Considerando este argumento “*irrealista e contraditório*”, cf. Schwarze, Rainer & Bosch, 2008: 33.

de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infração”.

Cumprindo ainda realçar que, a nível nacional, a jurisprudência *Orkem* foi já reconhecida como o padrão a seguir nesta matéria pelo Tribunal de Comércio de Lisboa⁷⁸, que concluiu que “*a proposição achada pelo juiz comunitário – inexistência de obrigação de fornecer respostas através das quais seja levado a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão, não extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso – pode ser integralmente transposta para o direito doméstico*”.⁷⁹ No mesmo sentido, foi considerado que, num determinado caso, a AdC apenas solicitou à associação de empresas em causa “*elementos documentais e informativos ‘objectivos’, que “não permitiam desde logo, de ‘per si’ levar a arguida a admitir a existência de uma infração”, o que permitiu concluir-se pela não verificação da invocada nulidade de obtenção de provas.*^{80/81}

5. TENTATIVA DE CONCRETIZAÇÃO

Apesar da nossa convicção relativamente às conclusões a que chegámos quanto à forma de, em abstracto, harmonizar o dever de colaboração dos agentes económicos perante a AdC com o princípio *nemo tenetur*, no qual podem ancorar a sua recusa de colaboração quando colocados na situação de suspeitos ou de arguidos num processo contra-ordenacional, e apesar,

78 Consultar a este propósito o artigo “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, de Vânia Costa Ramos, neste Dossier Temático.

79 Sentença de 8 de Maio de 2007, proferido pelo 3.º Juízo no âmbito do Processo 205/06.oTYLS.

80 Sentença do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 28 de Julho de 2006, proferida no âmbito do Processo n.º 261/06.1TYLSB, confirmada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Março de 2007, proferido no âmbito do Processo n.º 172/07-9.

81 Reis Silva (2007: 68 ss.) defende que a jurisprudência *Orkem* pode ser integralmente transposta para o direito doméstico porque: a) não viola a jurisprudência do TEDH, à luz do caso *Saunders*; b) respeita o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, embora com restrições; c) essas restrições são possíveis à luz das diferenças entre processo contra-ordenacional e processo penal; d) permite o desenvolvimento da actividade da AdC e a prossecução de um direito fundamental social; e e) é sempre possível ao arguido demonstrar significado diferente dos documentos apresentados (direito de audição e defesa) e recorrer para os tribunais (impugnação judicial de plena jurisdição). A Autora (2009: 114) refere-se ao facto de o Tribunal de Comércio seguir, nesta matéria, a jurisprudência comunitária, fazendo questão de realçar que apenas o fez “*após confrontar tal posição com o direito nacional directamente aplicável e com a carta de direitos fundamentais constitucionais aplicáveis ao caso concreto*” e que “[a]penas concluindo pela sua conformidade, vista à luz das regras nacionais, aplicou a mesma solução”.

também, do alento que nos é oferecido pela jurisprudência comunitária e nacional nesta matéria, reconhecemos que pode não ser fácil de estabelecer, com base nos critérios genéricos que deixámos enunciados, normas seguras de actuação prática.

Creemos contudo que, apesar da inevitável incerteza, podemos tentar concretizar um pouco os contornos da actuação admissível nesta matéria, quer por parte dos suspeitos ou arguidos num processo de contra-ordenação por violação das regras da concorrência, quer por parte da própria AdC.

Fazemo-lo em duas fases: numa primeira, procuraremos centrar a nossa atenção nas declarações prestadas na sequência de pedidos de informações formulados pela AdC, sejam orais ou escritas, deixando para mais tarde a questão relativa aos chamados “documentos pré-constituídos” ou “preexistentes”, isto é, aqueles que já existiam antes dos pedidos de informações ou, pelo menos, que existem independentemente destes.

5.1. Prestação de declarações orais ou escritas perante a Autoridade da Concorrência

Assim, tentando aplicar a teoria atrás exposta à prática a seguir no âmbito de processos de contra-ordenação por violação de regras de defesa da concorrência, parece-nos que podemos assentar, no que respeita a declarações orais ou escritas, no seguinte princípio de actuação: *sob pena de violação do núcleo essencial do princípio nemo tenetur, a Autoridade da Concorrência não pode usar como meios de prova declarações que tenham sido prestadas sob coerção e que sejam auto-incriminatórias.*

Uma declaração “auto-incriminatória” neste contexto é, na senda do que já atrás afirmámos, aquela através da qual o declarante admite directa e expressamente a sua participação na infracção, através da qual “confessa” essa sua participação.

Ir mais longe do que isto, considerando que é auto-incriminatória qualquer declaração que possa ser usada como meio de prova, dessa forma contribuindo para a condenação do arguido, não nos parece compatível com o dever de colaboração que àquele cabe ao abrigo dos dispositivos legais já referidos.

A única forma possível de, quanto a nós, salvaguardar simultaneamente o núcleo essencial da prerrogativa de não auto-incriminação e o efeito útil daqueles deveres de colaboração consiste em limitar o conceito de “declarações auto-incriminatórias” àquelas *declarações que, por si só, isoladamente (isto é, independentemente de outras provas) e sem valorações (ou seja, sem margem para*

*interpretações sobre o seu significado) sejam equivalentes à admissão da participação na infracção e como tal sejam suficientes para a prova da infracção.*⁸²

Se, por um lado, levar o dever de colaboração tão longe que obrigue uma empresa a directamente admitir a sua participação na infracção violaria certamente o núcleo essencial do direito ao silêncio, por outro, permitir que um arguido se recuse a prestar qualquer tipo de informação sob o pretexto de esta poder vir a ser utilizada para a prova, ainda que por via indirecta, em conjugação com outros meios de prova e sujeita ao juízo de apreciação da autoridade da concorrência em causa, da infracção contra si retiraria qualquer sentido útil aos mencionados deveres de colaboração e comprometeria irremediavelmente a actividade daquela autoridade.

Para que esta admissão ou “confissão” não violente o direito do suspeito ou do arguido ao silêncio, a mesma deve ser feita voluntariamente. Qualquer pessoa, no uso da sua autonomia, pode auto-incriminar-se sem que daí advenha qualquer violação do direito ao silêncio⁸³, desde que o faça de forma inteiramente livre e esclarecida.⁸⁴ A partir do momento em que essa consciência e liberdade existem, a questão do direito ao silêncio deixa de se colocar.

Estabelecido que um arguido não pode ser coagido a admitir de uma forma expressa e directa a sua participação numa infracção sob pena de violação do princípio *nemo tenetur*, a questão que se coloca é a de saber se se devem entender as respostas aos pedidos de informações formulados pela AdC como sendo dadas sob coerção para efeitos da delimitação daquele princípio neste contexto. No fundo, trata-se de saber se a cominação legal constante nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 43.º da LdC para a não prestação de informações ou a não entrega de documentos na sequência de pedido feito pela AdC é considerada uma forma de coerção para este efeito.

Entendemos que sim. De facto, sendo “*a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas*” em resposta a um pedido de infor-

82 Giannakopoulos (2004: 104) distingue entre *factos primários* e *factos qualificados*, sendo estes os que exigem que a empresa qualifique a sua posição no que respeita à aplicação das regras de concorrência, podendo as empresas, segundo o Autor, ser questionadas sobre os primeiros, mas já não sobre os segundos.

83 Willis (2001: 321), na análise que faz à jurisprudência comunitária sobre direito ao silêncio, chama precisamente a atenção para o facto de esta jurisprudência não se aplicar a informação fornecida voluntariamente ou em resposta a pedidos de informação não obrigatórios.

84 Nesse sentido, Juiz Walsh, em opinião no âmbito do caso *Saunders v. Reino Unido*, decisão do TEDH de 17 de Dezembro de 1996, Relatórios 1996-VI: “*As pessoas são sempre livres de se auto-incriminarem se, ao fazê-lo, estiverem a exercer a sua própria vontade.*” Tradução nossa do original em inglês: “*Persons are always free to incriminate themselves if in doing so they are exercising their own will.*”

mações formulado pela AdC cominada com uma coima, não se pode dizer que haja uma colaboração voluntária, totalmente livre, por parte do respondente. E é no facto de uma declaração não ser voluntária, no sentido de livre de qualquer pressão externa, que reside um dos elementos fundamentais do núcleo essencial do direito à não auto-incriminação.

Já não haverá, repetimo-lo, qualquer violação do direito ao silêncio se a declaração auto-incriminatória for prestada de forma livre e esclarecida. Se a liberdade (na dignidade) é o que se pretende salvaguardar com o direito ao silêncio, a actuação deste deixa de ser necessária sempre que essa liberdade está assegurada.

Isto leva-nos a questionar o seguinte: se, apesar da cominação legal, o declarante estiver totalmente esclarecido sobre todas as consequências (positivas e negativas) das suas declarações e decidir livremente prestá-las, pode considerar-se que deixou de estar sob coerção, porque emitiu uma declaração ao abrigo de uma vontade esclarecida? Parece-nos que sim. Se, apesar da cominação legal, o arguido no processo estiver esclarecido quanto ao objecto desse processo⁸⁵, quanto à existência do direito que lhe assiste de não se auto-incriminar e quanto às consequências de uma eventual colaboração da sua parte, não vemos como se possa continuar a considerar que a informação foi prestada sob coerção. De outra forma, estaria sempre vedada ao arguido a possibilidade de colaborar com a AdC na descoberta da verdade, o que retiraria utilidade ao critério de determinação da medida da coima constante da al. e) do artigo 44.º da LdC e aniquilaria o objectivo último do próprio dever de colaboração.

Para que estas condições se verifiquem, contudo, é necessário que a AdC, sempre que formule um pedido de informações, seja oralmente seja por escrito, forneça ao suspeito ou arguido todos os elementos necessários à formação de uma vontade esclarecida e livre, o que equivale, no nosso entender, a informá-lo sobre o tipo de infracção em causa no processo e os elementos essenciais deste, sobre o direito que lhe é reconhecido à não auto-incrimina-

⁸⁵ Em Espanha, o *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC) concluiu que os arguidos em processos nacionais por infracções às regras da concorrência têm o direito a conhecer o essencial das queixas apresentadas contra si logo que sejam solicitadas a prestar informações no âmbito do respectivo processo. Ver Montesa Lloreda & Givaja Sanz, 2007.

ção⁸⁶, e sobre as consequências legais, quer da ausência ou insuficiência da sua resposta quer da sua colaboração activa.

Concluindo: não há violação do direito ao silêncio se a AdC utilizar como meio de prova informações ou documentos que tenham sido prestadas voluntariamente, isto é, de forma livre esclarecida.

Por outro lado, não existe igualmente violação do direito ao silêncio sempre que a empresa ou pessoa em causa negue os factos que são objecto das perguntas da AdC ou se recuse a responder. Neste último caso, a AdC pode assumir uma de duas atitudes: ou aceita a recusa atendendo aos motivos invocados, e a questão do direito ao silêncio cessa, ou não aceita e aplica uma coima ao abrigo do artigo 43.º, n.º 3, al. b), da LdC, caso em que o arguido pode recorrer judicialmente invocando o direito ao silêncio, que funcionará como causa de exclusão da ilicitude da recusa de resposta, a ser apreciada pelo Tribunal.⁸⁷

Por fim, cumpre assinalar que uma eventual violação do direito ao silêncio apenas se coloca se a AdC *utilizar como meios de prova* as informações que tenham sido obtidas em resposta a um seu pedido de elementos e que revistam uma natureza auto-incriminatória. Ou seja, a aferição dessa violação não pode ser feita no momento em que a informação é solicitada ou obtida, pois apenas a sua utilização não devida pode constituir violação daquele direito. Assim, se a AdC obtiver, por via de um arguido, informações cuja utilização no âmbito do processo pudesse ser considerada uma violação do direito ao silêncio, essa violação não se verificará se essa utilização não acontecer.

Tal não significa, contudo, que as perguntas ou os pedidos da AdC não obedeçam a determinados limites e não devam cumprir certas regras. Desde logo, devem cumprir o disposto no artigo 18.º da LdC. Designadamente, e entre outros requisitos, devem indicar a base jurídica e o objectivo do pedido, o que, quanto nós, permite desde logo traçar alguns limites desse mesmo pedido. Assim, a AdC não deve fazer perguntas que extravasem do âmbito

86 Cf. Livro Verde “A presunção de inocência” da Comissão das Comunidades Europeias, COM(2006) 174 final, 26/04/2006, p. 8, no qual é afirmado que “*para garantir o direito ao silêncio, é importante que o arguido seja informado do mesmo.*” Cf. também Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76.

87 No acórdão *PVC* (acórdão do TJCE de 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG (C-252/99 P)* e *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) vs. Comissão*), o TJCE considerou que determinadas perguntas feitas pela Comissão sofriam de ilegalidades, mas, tendo as empresas recusado responder às mesmas ou negado os factos sobre as quais eram questionadas, a ilegalidade das perguntas não implicava qualquer consequência para a legalidade da decisão (§ 282).

definido por aqueles elementos, devendo igualmente evitar perguntas demasiadamente vagas ou imprecisas, susceptíveis de conduzir a respostas que se venham a situar fora do mesmo ou de ser encaradas como fazendo parte de uma estratégia de “*fishing expedition*”. De igual modo, princípios gerais como a boa fé processual e o respeito por um processo justo e equitativo impedem que a AdC formule questões ardilosas ou que induzam a uma confissão que não possa vir a ser considerada voluntária.

Em todo o caso, repita-se, a eventual ilegalidade de uma pergunta ou de um pedido nos termos expostos não implicará violação do direito ao silêncio e, nessa medida, não provocará nulidades ao nível da prova se as informações ou documentos obtidos através dos mesmos não vierem a ser utilizados como meio de prova no âmbito do processo em causa.

Na prática, tudo o que foi dito tem uma consequência importante: *ainda que prestadas sob a cominação de uma coima, a utilização num processo de contra-ordenação de declarações auto-incriminatórias prestadas pelo arguido não constitui violação do direito ao silêncio se as questões colocadas pela AdC cumprirem os requisitos previstos no artigo 18.º da LdC, forem devidamente acompanhadas de todos os elementos necessários à formação de uma vontade perfeitamente livre e esclarecida e não violarem, pela forma como foram formuladas, os princípios da boa fé processual e do processo justo e equitativo.*

5.2. Entrega de documentos pré-constituídos

Depois de analisados todos os elementos referenciados, resta uma outra questão: trata-se de saber se o direito à não auto-incriminação no âmbito das infracções anticoncorrenciais (com o sentido e alcance atrás referidos) abrange ou não a entrega de *documentos pré-constituídos* (ou *preexistentes*).

Em termos gerais, isto é, no âmbito do processo penal, o entendimento generalizado é o de que o princípio à não auto-incriminação ou o direito ao silêncio (dependendo da abordagem de cada Autor) abrange a entrega de documentos, sem distinção relativamente à sua natureza ou ao momento da sua constituição.⁸⁸

A questão ganha, contudo, contornos diferentes quando colocada no contexto de procedimentos de contra-ordenação por infracções anti-concorrenciais.

⁸⁸ Nesse sentido, Costa Ramos, 2006: 133. Ver ainda Sá, 2006: 136 e Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76.

Vimos já que o acórdão *Orkem* refere, a este propósito, que “a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer tod[o]s [...] os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial”.⁸⁹

Este acórdão tem sido interpretado no sentido de excluir do direito à não auto-incriminação a entrega de documentos pré-constituídos.⁹⁰ Isto é, seja qual for o teor de um documento, a sua apresentação é sempre obrigatória quando solicitada pela Comissão.

É essa também a posição assumida no acórdão *Mannesmannröhren-Werke* que, como vimos, adere integralmente à jurisprudência *Orkem* e onde, recorde-se, é feita uma referência expressa a “documentos preexistentes”, cuja apresentação à Comissão é obrigatória.

Bem elucidativo também sobre a posição do TJCE relativamente à obrigatoriedade de entrega de documentos é um acórdão mais recente, *SGL Carbon* (2006)⁹¹, em que o TJCE afirma claramente que, quanto à “apresentação de documentos que se encontrem na posse de uma empresa objecto de um inquérito”, “a empresa em causa deve [...], se a Comissão o pedir, fornecer-lhe os referidos documentos relacionados com o objecto do inquérito, mesmo podendo estes elementos ser utilizados pela Comissão a fim de estabelecer a existência de uma infracção”, relembrando que essa mesma empresa sempre pode, no âmbito do procedimento administrativo ou de eventual recurso judicial, sustentar que os documentos apresentados têm um significado diferente do que lhes foi dado pela Comissão.

A exclusão do âmbito do direito à não auto-incriminação da entrega de qualquer tipo de documento pré-constituído, aparentemente aceite sem reservas pela jurisprudência comunitária e nacional, tem sido alvo de contestação por parte de vários Autores, que a consideram, designadamente, contrária à jurisprudência do TEDH.

Essa exclusão, se entendida como incondicional, também nos suscita algumas dificuldades – as dificuldades que não sentimos com a exclusão de declarações escritas ou orais não directamente auto-incriminatórias.

89 § 34.

90 Cf., por exemplo, Wils, 2003: 10 (“documentos na posse das empresas”) e Giannakopoulos, 2004: 105 (“documentos já existentes”).

91 Acórdão do TJCE de 29.06.2006, Comissão vs. *SGL Carbon AG*, Processo C 301/04P.

A razão dessa reserva não reside, contudo, no facto de considerarmos que isso contraria a jurisprudência do TEDH relativa ao direito à não auto-incriminação. Por um lado, porque sentimos alguma dificuldade em extrair desta jurisprudência lições claras – as decisões deste Tribunal apresentam um teor bastante vago, pouco sustentado dogmaticamente⁹² e com um pendor casuístico tão acentuado que dificilmente das mesmas se podem retirar posições de carácter genérico nesta matéria.⁹³ Por outro lado, trata-se de uma jurisprudência que se tem debruçado, sempre, sobre casos envolvendo pessoas singulares, a maioria dos quais no âmbito daquilo a que, no nosso ordenamento jurídico, enquadraríamos no processo penal.

Assim, embora concordemos genericamente com o estado actual da jurisprudência comunitária e nacional sobre esta matéria⁹⁴, que consideramos ser a forma possível de se operar a concordância entre o dever de colaboração dos arguidos em processos por infracção às regras de defesa da concorrência e os respectivos direitos de defesa, nomeadamente decorrentes do princípio *nemo tenetur*⁹⁵, parece-nos que, no que respeita, entre outras, à questão da exclusão, pelo âmbito de aplicação daquele princípio, de todos os documentos pré-constituídos, a mesma merece alguma reflexão adicional.

Essa reflexão deve, mais uma vez, ter em conta as especificidades do Direito da concorrência e a necessidade de garantir o efeito útil dos poderes de investigação atribuídos à AdC, por um lado, e a exigência de salvaguarda do núcleo essencial do direito de não entregar meios de prova, por outro.

O facto de a AdC poder efectuar buscas nas instalações das empresas arguidas e através das mesmas apreender os documentos que procura não

92 Veja-se, a propósito, o comentário de Ward & Gardner (2003: 389), a propósito da jurisprudência do TEDH nesta matéria: “[m]as, infelizmente, apesar da importância central deste direito, muita da argumentação do Tribunal nesta área é, no mínimo, obscura. Daí resulta um direito cuja importância não está em causa mas cujos limites são muito incertos.” Tradução nossa do original em inglês: “But regrettably, despite the central importance of this composite right, much of the reasoning of the Court in this area is obscure at best. The result is a right, the importance of which is not in doubt, but the limits of which are most uncertain.”

93 Consultar, a este propósito, o artigo “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, de Paulo de Sousa Mendes, neste Dossier Temático.

94 Aparentemente em sentido contrário, Costa Ramos, 2009.

95 Nesse sentido, ver Guerrin (2003: 103), que afirma justamente que a jurisprudência do TJCE e do TPI sobre o direito ao silêncio é “uma jurisprudência muito complexa que tenta conciliar duas situações aparentemente irreconciliáveis: o direito de uma empresa não reconhecer a infracção e a obrigação de colaborar na descoberta da verdade”. Tradução nossa do original em francês: “un jurisprudence d’autant plus complexe qu’elle tente de concilier deux approches apparemment irréconciliables: le droit pour une entreprise de ne pas reconnaître une infraction et l’obligation de collaborer à la manifestation de la vérité”.

pode deixar de ser relevante nesta matéria, tendo vindo a ser utilizado como argumento a favor da tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do princípio *nemo tenetur* no âmbito do Direito da concorrência.

É certo que nas buscas não se exige qualquer tipo de cooperação das empresas visadas, o que, naturalmente, afasta a aplicabilidade da prerrogativa de não auto-incriminação. Contudo, não pode também deixar de ser considerado “*paradoxal que o uso destes poderes de investigação não implique a violação de direitos humanos, enquanto um pedido de colaboração para obtenção dos mesmos meios de prova já possa implicar*”, sobretudo porque se trata, este, de um método menos oneroso.⁹⁶ É por esta razão que Autores como Stessens (2003: 54) defendem que a obrigação de produzir documentos apenas deve ser considerada contrária aos requisitos de um processo justo quando o resultado deste dever de cooperação supere o resultado da aplicação das medidas coercivas alternativas que a pessoa em causa teria que suportar.

Este é um argumento forte. No entanto, também nos parece difícil de defender uma exclusão absoluta da entrega de qualquer tipo de documento do âmbito do direito à não auto-incriminação, ou, dito de outra forma, advogar uma obrigatoriedade incondicional de entrega de documentos para instrução de processos de contra-ordenação por infracções anticoncorrenciais.

Creemos que a jurisprudência, quer nacional quer comunitária, ainda se encontra numa fase relativamente embrionária nesta matéria, sendo provável que uma futura maturação, resultado porventura da apreciação de novos casos que forem surgindo, venha a motivar um aprofundamento da reflexão e a originar resultados mais apurados, nomeadamente no que respeita à inclusão, no âmbito de protecção do princípio *nemo tenetur*, de qualquer tipo de documento preexistente. Seria importante afinar os critérios dessa inclusão, uma vez que intuímos que pelo menos algumas categorias de entre esse tipo de documentos deveriam ser abrangidas pelo direito de não entrega.

Mais concretamente, parece-nos que, ao menos em tese, deveriam ser incluídos no círculo de protecção daquele princípio, e para salvaguarda do seu núcleo essencial, os documentos preexistentes cuja entrega tenha um efeito equivalente à admissão da infracção.

⁹⁶ Stessens, 1997: 46. Tradução nossa do original em inglês: “*paradoxical that the use of these investigative powers would not entail a human rights violation, while a request for co-operation in order to obtain the very same evidence would*”.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo
2007 *Direitos fundamentais – Introdução geral*, Estoril: Principia.
- ANDREANGELI, Adrianna
2008 *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar.
- CANOTILHO, J. J. Gomes
2003 *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina.
2008a “Dogmática de direitos fundamentais e Direito privado”, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, pp. 191-215.
2008b «Bypass’ social e o núcleo essencial de prestações sociais», in *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, pp. 243-268.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital
2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- CARDOSO, José Lucas
2002 *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA ANDRADE, Manuel da
2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA PINTO, Frederico da Costa
2000 *A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários*, Lisboa: CMVM.
2009 “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: Almedina, pp. 63-125.
- COSTA RAMOS, Vânia
2006 “*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, Parte I”, in *Revista do Ministério Público* n.º 108 – Out/Dez, pp. 125-149.
2009 “O direito à não auto-incriminação do domínio da concorrência – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Novembro de 2008 /Proc. N.º 6057/08-5, 5.^a Secção”, in *Boletim Informativo do IDPCC da FDUL*, ano I – Edição Dupla – n.ºs 2 e 3, Março/Abril e Maio/Junho, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=a0lqsr3GD4%3D&tabid=622> [consultado em 28.12.09].

DENNIS, Ian

1995 “Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-Incrimination”, in *Cambridge Law Journal*, 54 (2), Julho, pp. 342-376.

FERREIRA, João E. Pinto

2006 “Contributos para um enquadramento da evolução das leis de defesa da concorrência em Portugal”, in Soares, António Goucha & Marques, Maria Manuel Leitão (org.), *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 203-236.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

1992 “Sobre os sujeitos processuais no novo Código Penal”, in *O novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito processual penal*, Centro de Estudos Judiciários (org.), Coimbra: Almedina, pp. 1-34.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da

2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-61.

GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K.

2004 *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-Dumping / Anti-Subsidies Proceedings*, The Hague / London / New York: Kluwer Law International.

GUERRIN, Maurice

2003 “La libre concurrence à l'épreuve des libertés individuelles”, in *Droit et société*, 1, n.º 53, pp. 87-108.

MACCULLOCH, Angus

2006 “The Privilege against Self-incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications”, in *Legal Studies*, vol. 26, n.º 2, Junho, pp. 211-237.

MARQUES, Maria Manuel Leitão

2002 *Um curso de Direito da concorrência*, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 3 (org.), Coimbra: Coimbra Editora.

MARQUES, Maria Manuel Leitão & MOREIRA, Vital

2003 “Economia de mercado e regulação”, in *A mão visível – Mercado e regulação*, Coimbra: Almedina, pp. 13-15.

MATEUS, Abel

2006 “Sobre os fundamentos do Direito e Economia da concorrência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, III, Dezembro, pp. 1067-1099.

- MENDES PEREIRA, Miguel
2009 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- ROQUE, Ana
2004 *Regulação do mercado – Novas tendências*, Lisboa: Quid Juris.
- MIRANDA, Jorge
2000 *Manual de Direito constitucional, tomo IV – Direitos fundamentais*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MONCADA, Luís Cabral de
2007 *Direito económico*, 5.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTESA LLOREDA, Aitor & GIVAJA SANZ, Angel
2007 “The Spanish Competition Authority enhances the procedural rights of the defendants in national antitrust procedures (Banco Santander/Cheques comida)”, in *e-Competitions* n.º 13727, Março, pp. 1-3.
- MOURA E SILVA, Miguel
2008 *Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.
- NABAIS, José Casalta
2007 “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-60.
- PALMA, Maria Fernanda
1994 “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 60, Outubro/Dezembro, pp. 101-110.
2008/2009 “O direito à não auto-incriminação”, in *Boletim Informativo do IDPCC da FDUL*, ano I, n.º 1, Dez. / Jan., disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=d9%2BqYZXWwhyU%3D&tabid=622> [consultado em 28.12.09].
- PAZ FERREIRA, Eduardo
2002 *Direito da economia*, Lisboa: AAFDL.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano
2001 *A posição dominante relativa no Direito da concorrência*, Coimbra: Almedina.
- REIS NOVAIS, José
2003 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- REIS SILVA, Maria de Fátima
2007 “O direito à não auto-incriminação”, in *Sub Judice*, 40, pp. 59-74.

- 2009 “Um olhar ‘comercial’ sobre o direito contra-contrordenacional”, in *Julgar*, n.º 2, Maio-Agosto, pp. 101-117.
- SÁ, Liliana da Silva
- 2006 “O dever de cooperação do contribuinte *versus* o direito à não auto-incriminação”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 107 – Julho/Setembro, pp. 121-163.
- SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão
- 2004 *Direito económico*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.
- SCHWARZE, Jürgen, BECHTOLD, Rainer & BOSCH, Wolfgang
- 2008 *Deficiencies in European Community Competition Law – Critical Analysis of the Current Practice and Proposals for Change*, Estugarda: Gleiss Lutz Rechts Anwälte, Setembro.
- SILVA DIAS, Augusto & COSTA RAMOS, Vânia
- 2009 *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SIMAS SANTOS, M. & LEAL-HENRIQUES, M.
- 2004 *Código de Processo Penal anotado*, Vol. I, 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros.
- SOUSA FRANCO, António
- 1982/1983 *Noções de Direito da Economia*, vol. I, reimp., Lisboa: AAFDL.
- SOUSA MENDES, Paulo de
- 2009a “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência” in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto & Sousa Mendes, Paulo de (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.
- 2009b “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Paz Ferreira, Eduardo, Morais, Luís Silva & Anastácio, Gonçalo, Coimbra: Almedina, pp. 705-718.
- 2009c “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, in *Julgar*, 9, pp. 11-27.
- STESSENS, Guy
- 1997 “The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?”, in *European Law Review*, 22, Checklist No. 1, pp. 45-62.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2009 “Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação”, in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto & Sousa Mendes, Paulo de (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 107-137.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos

2009 *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

WARD, Tim & GARDNER, Piers

2003 “The Privilege Against Self-Incrimination: In Search of Legal Certainty”, in *European Human Rights Law Review*, 4, pp. 388-399.

WILLIS, Peter R.

2001 «You Have the Right to Remain Silent...’ or do you? The Privilege Against Self-incrimination Following Mannesmannröhren-Werke and Other Recent Decisions», in *European Competition Law Review*, Issue 8, pp. 313-321.

WILS, Wouter

2003 “Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement – A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, vol. 26, n.º 4, também disponível em <http://ssrn.com/abstract=1319248> [consultado em 28.12.09].