

AS GARANTIAS DE DEFESA NO PROCESSO SANCIONATÓRIO ESPECIAL POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA CONFRONTADAS COM A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

*Paulo de Sousa Mendes*¹

ABSTRACT: *The legal regime on the competition infringement proceedings stays apart, in various aspects, from the defense guarantees of the criminal proceedings and of the general framework for regulatory offences proceedings, namely in what refers the privilege against self-incrimination. In this paper, the Author debates the undertaking's duty to cooperate against the defense guarantees within the competition infringement proceedings, under the light of the case-law of the European Court of Justice, the European Court of Human Rights and the Lisbon Commercial Court.*

SUMÁRIO: Introdução. I. As formas de processo sancionatório. II. O dever de colaboração e a prerrogativa de não auto-incriminação. 1. A prerrogativa de não auto-incriminação no processo penal. 2. A prerrogativa de não auto-incriminação no processo de mera ordenação social. 3. O *nemo tenetur* como garantia do direito sancionatório público? 4. O dever de colaboração à luz da jurisprudência comunitária nos processos sancionatórios perante a Comissão Europeia. 5. O *nemo tenetur* à luz da jurisprudência do TEDH: *a)* Entrega de documentos; *b)* Valoração em processo-crime do silêncio do arguido; *c)* Valoração em processo-crime de declarações anteriormente prestadas sob coerção; *d)* Informação inadequada; *e)* Valoração em processo-crime de provas materiais extraídas à força do organismo do suspeito; *f)* Outros; *g)* Síntese. IV. Lições da jurisprudência do TJCE e do TEDH. V. O dever de colaboração à luz da jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa. Conclusão.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Director do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. Atendendo ao tema do presente trabalho, é devido ressaltar aqui que as opiniões expressas não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

INTRODUÇÃO

O respeito pelas regras da concorrência em todos os domínios da actividade económica constitucionalmente garantidos (*i.e.*, público, privado e cooperativo²) é assegurado pela Autoridade da Concorrência (doravante, AdC)³, que conta para o efeito com amplos *poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios*, tal como aparecem descritos no art. 7.º dos Estatutos da AdC. De resto, são os poderes usualmente reclamados para qualquer autoridade reguladora independente⁴.

O exercício de todos esses poderes depende necessariamente da *colaboração das empresas*. Com efeito, o poder regulamentar da AdC deve ser exercido tendo em atenção as reais capacidades das empresas para se moldarem às boas práticas, razão por que devem ser consultadas acerca de regulamentos, recomendações e directivas genéricas da AdC, além de que devem ser incentivadas a criar códigos de conduta e manuais de boas práticas (art. 7.º, n.º 4, dos Estatutos da AdC). Do mesmo modo, o poder de supervisão da AdC carece da colaboração das empresas, na medida em que pressupõe que as mesmas respondam a inquéritos administrativos ou franqueiem as portas para a realização de inspecções ou auditorias (art. 7.º, n.º 3, dos Estatutos da AdC). Finalmente, o próprio poder sancionatório deve ser exercido contando com a colaboração das empresas no fornecimento de informações factuais e meios de prova documentais que podem ser usados em processo de contra-ordenação (art. 7.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC).

A colaboração das empresas e dos seus representantes é imposta por lei, constituindo contra-ordenação a falta de prestação de informações ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, bem como a não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício por esta dos poderes de supervisão ou sancionatórios, conforme o disposto no

2 Exceptuam-se os serviços de interesse económico geral.

3 A AdC foi criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que aprovou os respectivos Estatutos. A AdC assumiu plenamente as suas funções a partir de 24 de Março de 2003, embora dotada de meios que ficaram muito aquém dos previstos. Já em 2004, o Governo deu seguimento a uma proposta do Conselho da AdC no sentido de garantir a autonomia financeira desta, através do Decreto-Lei n.º 30/2004, de 6 de Fevereiro (cf. Lopes Rodrigues 2005: 399 e 453. Igualmente, cf. Marques 2003: 183-186.

4 Cf. CEDIPRE / FDUC 2002: 3.

Na perspectiva das autoridades reguladoras dos mercados financeiros, só para dar outro exemplo, cf. Costa Pinto 2009: 73-77.

art. 43.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante, Lei da Concorrência)⁵.

O dever de colaboração tem sido bastas vezes contestado pelas empresas, mormente no âmbito dos processos sancionatórios, nos quais alegam que assim são desrespeitadas as tradicionais garantias de defesa, com destaque especial para a prerrogativa de não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Em geral, argumentam que essa prerrogativa vale como princípio estruturante do processo penal, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente aos processos de contra-ordenação por práticas restritivas da concorrência.

O ponto merece análise cuidada não só pelo relevo que, como se vê, assume na prática, como também pelas suas implicações teóricas. É o que faremos de seguida.

I. AS FORMAS DE PROCESSO SANCIONATÓRIO

Os poderes sancionatórios da AdC são exercidos através de duas formas de processo sancionatório, a saber: o processo do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social (art. 19.º)⁶ e um processo especial previsto na própria Lei da Concorrência (Secção II do Capítulo III).

De facto, a Lei da Concorrência sujeita os processos por infracção ao disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º a regras especiais, conforme é dito no art. 22.º, n.º 1. As práticas descritas nesses normativos são restritivas da concorrência⁷ e, por isso mesmo, são proibidas⁸.

5 Este diploma revogou a antiga Lei da Concorrência (Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro).

6 Os artigos citados sem menção do diploma legal pertencem à Lei da Concorrência.

7 A expressão “práticas restritivas da concorrência” aparece no art. 17.º, n.º 1, alínea *a*), dos Estatutos da AdC e nos arts. 28.º, n.º 1, alínea *b*), e 29.º, n.º 1, da Lei da Concorrência.

8 O antigo diploma legal que estabelecia o regime geral da defesa e promoção da concorrência (Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro) era mais claro do que a lei actual, ao colocar sob a denominação comum de “práticas proibidas”, que dava nome à respectiva Secção II do Capítulo I, tanto os acordos, práticas concertadas e decisões de associações (art. 2.º), como o abuso de posição dominante (art. 3.º) e o abuso de dependência económica (art. 4.º). A actual Lei da Concorrência mantém a denominação de “práticas proibidas” como título da sua Secção II do Capítulo I, mas depois usa, incompreensivelmente, a mesma expressão também como epígrafe do art. 4.º, o que pode dar a impressão de que o abuso de posição dominante (art. 6.º) e o abuso de dependência económica (art. 7.º) não são práticas proibidas. Na verdade, são todas práticas proibidas, como é óbvio. Portanto, nada mudou, se descontarmos alguma infelicidade da expressão legislativa.

O Direito comunitário de concorrência define as mesmas práticas restritivas da concorrência – à exceção do abuso de dependência económica⁹ – à escala do mercado comum, ou numa sua parte substancial, nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (doravante, TCE)¹⁰, que correspondem aos actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE)¹¹. Além de que o Direito comunitário de concorrência estabelece um sistema de competências paralelas entre a Comissão, as Autoridades Nacionais de Concorrência e os Tribunais nacionais para aplicar os artigos 81.º e 82.º TCE (artigos 101.º e 102.º TFUE)¹². Aqui e agora, só nos interessam os processos sancionatórios tramitados pela AdC. Ora, o processo sancionatório especial também se aplica às infracções aos artigos 81.º e 82.º TCE (artigos 101.º e 102.º TFUE)¹³.

Para além das práticas restritivas, há outras contra-ordenações previstas na Lei da Concorrência, nomeadamente as demais previstas no art. 43.º. Por exemplo, a Lei da Concorrência prevê como contra-ordenação, já o dissemos, a falta de colaboração das empresas e dos seus representantes com a AdC (art. 43.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*). Neste caso, o processo de contra-ordenação segue o Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas (doravante, RGCO)¹⁴, atendendo ao disposto nos artigos 19.^{o15} e, *a contrario*, 22.º.

9 Esta é uma previsão do Direito nacional de concorrência, a qual constava já do art. 4.º da velha Lei da Concorrência (citada na nota anterior). Em termos comparados, o legislador português inspirou-se no Direito francês. Por sua vez, a norma francesa já se baseara, ela própria, no Direito alemão. Para desenvolvimentos, cf. Pego 2001: 85-87.

10 Na versão inicial do TCE de Roma / 1957, os normativos correspondentes eram os artigos 85.º e 86.º (cf. Pais Antunes 1995: 9). A numeração em texto corresponde à versão de Nice / 2003 (cf. Lopes Rodrigues 2005: 233).

11 Nos termos do Tratado de Lisboa que alterou o Tratado da União Europeia (doravante, TUE) e o TCE.

12 Para desenvolvimentos, cf. Sérvulo Correia 2008: 1756 s. e Moura e Silva 2008, 61-154.

13 Acontece, porém, que a Lei da Concorrência acaba sendo omissa quanto à coima correspondente à infracção das regras comunitárias. Sobre o ponto, cf. Moura e Silva 2008: 158-159.

14 Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, alterado pela última vez pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

15 O art. 19.º convoca ainda “o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código do Procedimento Administrativo [doravante, CPA]”. Ora, é estranha esta convocação do CPA porque, por regra, o procedimento de mera ordenação social, embora seja de natureza administrativa, não está sujeito ao regime do procedimento administrativo, mas tem um regime próprio e, nos casos omissos, tem como Direito subsidiário o processo penal. Neste sentido, cf. Lopes Rodrigues 2005: 480, e Sérvulo Correia 2008:1759-1760.

Na sequência, analisaremos o dever de colaboração no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência, mas não sem destacarmos primeiro os aspectos que melhor traduzem a tensão que sempre se manifesta entre o interesse público na descoberta e investigação de infracções e a prerrogativa de não auto-incriminação dos visados.

II. O DEVER DE COLABORAÇÃO E A PRERROGATIVA DE NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

As empresas têm o dever de colaborar com a AdC, fornecendo-lhe, a pedido, os documentos e as informações necessárias. Do mesmo passo que estabelece tais obrigações, a Lei da Concorrência afasta, por implicação necessária, o direito ao silêncio e o direito de não fornecer provas contra si próprio. Ora, o problema posto pela privação dessas garantias de defesa no âmbito de processos sancionatórios é extremamente complexo e é passível de suscitar as mais desencontradas opiniões, ao mesmo tempo que é da maior relevância prática. Senão vejamos: por um lado, os meios de prova muitas vezes só podem ser obtidos, como é fácil de perceber, através da “colaboração” – legalmente imposta – da própria empresa investigada (artigos 17.º, n.º 1, alínea *a*), e 18.º), mas, por outro lado, se a empresa gozasse do direito ao silêncio e afins, as provas adquiridas com violação desses direitos seriam nulas, não podendo ser utilizadas (pelo menos, essa é a cominação para a violação das garantias de defesa em processo penal, já para não falar das proibições de prova).

1. A prerrogativa de não auto-incriminação no processo penal

O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), mas “*a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional*”¹⁶. Há quem baseie o princípio muito simplesmente nas garantias processuais consagradas

De resto, a jurisprudência, neste tocante, tem recusado sistematicamente a aplicação subsidiária do CPA, como se pode ver pela Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (doravante, TCL) de 13 de Julho de 2005, Proc. n.º 769/05.6TYLSB; pelo Despacho do TCL de 15 de Fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB; pela Sentença do TCL de 8 de Maio de 2007, Proc. n.º 205/06.0TYLSB, e pela Sentença do TCL de 10 de Agosto de 2007, Proc. n.º 1050/06.9TYLSB.

¹⁶ Figueiredo Dias & Costa Andrade 2009: 39.

genericamente nos artigos 20.º, n.º 4, *in fine*, e 32.º, n.º 1, CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento directo e imediato do *nemo tenetur*, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1.º CRP¹⁷. Seja como for, o princípio *nemo tenetur* é aceite por todos¹⁸.

A lei processual penal inclui expressamente o direito ao silêncio no elenco de direitos do arguido (artigos 61.º, n.º 1, alínea *d*), 141.º, n.º 4, alínea *a*), 343.º, n.º 1, e 345.º, n.º 1, *in fine*, CPP), direito este que é, como se disse, um corolário do *nemo tenetur*¹⁹. De resto, o direito ao silêncio estende-se mesmo ao próprio suspeito, desde logo porque a pessoa sobre quem recair a suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido (art. 59.º, n.º 2, CPP). Também a própria “*testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal*” (art. 132.º, n.º 2, CPP). Enfim, o direito ao silêncio não é um direito absoluto. Na verdade, até está submetido a algumas restrições no processo penal. Designadamente, o arguido é obrigado a “[r]esponder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais” (art. 61.º, n.º 3, alínea *b*), CPP)²⁰.

17 *Idem*: 40-42.

18 Sobre a origem e evolução históricas do princípio, cf. Rogall 1977: 67-103 e, muito resumidamente, Yanyou 2009: 199-202. Sobre as diferentes (e discutíveis) fundamentações do princípio, cf. Macculloch 2006: 213-222. Na perspectiva do pensamento germânico, cf. Costa Ramos 2007: 59-65. Na perspectiva da doutrina portuguesa histórica e actual, cf. Silva Dias & Costa Ramos 2009: 9-17. Também consultar a este propósito o artigo “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, de Augusto Silva Dias, publicado neste Dossier Temático.

19 Neste sentido, cf. Silva Dias & Costa Ramos 2009: 20.

20 Nos termos do antigo n.º 2 do art. 342.º CPP (1987), o arguido estava obrigado a responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais na *audiência de julgamento* (cf. Palma, 1994: 101-110). Ora, o Acórdão do Tribunal Constitucional (doravante, TC) n.º 695/95 considerou essa disposição inconstitucional por violação das garantias de defesa, do direito ao silêncio e da presunção de inocência. De resto, era, a nosso ver, uma imposição não só inconstitucional, como também praticamente inútil, dado que o juiz, na audiência, por regra já tem esses dados na sua posse. Enfim, a pergunta pelos antecedentes criminais poderia ainda assim servir, no caso de o arguido mentir, para dar motivos ao juiz para descrever de quaisquer outras declarações que ele porventura fizesse em juízo, mas isso transformaria a pergunta num ardid, o que é inaceitável do ponto de vista do *fair trial*. Em boa hora, o legislador revogou essa disposição através do Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro, consagrando assim a orientação do TC.

Já a imposição de declarações ao arguido sobre os seus antecedentes criminais em *primeiro interrogatório* nunca foi julgada inconstitucional e mantém-se em vigor.

Tirando essas restrições, aliás mínimas, o direito ao silêncio é, sem dúvida, um dos pilares do processo penal português.

O direito de não facultar provas auto-incriminatórias não tem consagração expressa no CPP, mas resulta, como se disse, da vontade do indagado em manter o silêncio a que tem direito. Também este não é um direito absoluto. Por exemplo, a sujeição a exames (art. 172.º CPP) é, claramente, uma restrição ao direito de não facultar provas contra si próprio. Mas as restrições carecem sempre de previsão legal²¹.

2. A prerrogativa de não auto-incriminação no processo de mera ordenação social

Em processo de mera ordenação social, o direito ao silêncio não tem consagração expressa, mas o art. 41.º, n.º 1, RGCOC determina a aplicação subsidiária das normas do processo penal, donde resulta que o direito ao silêncio também aqui se aplica.

3. O *nemo tenetur* como garantia do direito sancionatório público?

Já a própria Lei da Concorrência parece fazer excepção à prerrogativa de não auto-incriminação no âmbito dos processos sancionatórios da competência da AdC, na medida em que impõe antes um dever de colaboração às empresas. Mas não será que temos de considerar tal prerrogativa como uma garantia indeclinável de qualquer espécie de direito sancionatório público, tanto mais que a Constituição sujeita os processos de contra-ordenação e demais processos sancionatórios às garantias do processo penal (art. 32.º, n.º 10, CRP)?

4. O dever de colaboração à luz da jurisprudência comunitária nos processos sancionatórios perante a Comissão Europeia

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (doravante, TJCE) já teve ocasião de se pronunciar sobre o alcance e limites do dever de colaboração das empresas, no âmbito dos processos instaurados pela Comissão Europeia (doravante, Comissão) ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º TCE (actuais artigos 101.º e 102.º TFUE)²². No acórdão do TJCE de 18/10/1989, no Proc. n.º 374/87 (*Orkem vs. Comissão*), o Tribunal declarou que “*a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas*

21 Cf. Silva Dias & Costa Ramos 2009: 22.

22 Sobre os poderes de investigação da Comissão, cf. Wils 2003: 568-574.

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, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa”. Donde decorre que “a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão”.

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16.12.2002 adoptou a “jurisprudência Orkem”, parafraseando-a no considerando 23, como segue: *“Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são 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 infracção”.*

A “jurisprudência Orkem” marcou o rumo da subsequente jurisprudência comunitária. No mesmo sentido, veja-se a seguinte jurisprudência:

- a) Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) de 20/02/2001, Proc. n.º T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke AG *vs.* Comissão);
- b) Acórdão do TJCE de 15/10/2002, Processos Apensos n.ºs C-238/99 P, C-244 e 245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a 252/99 P e C-254/99 P (PVC Cartel II – Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros *vs.* Comissão);
- c) Acórdão do TJCE de 07/01/2004, Processos Apensos n.ºs C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P (Aalborg Portland A/S e outros *vs.* Comissão);
- d) Acórdão do TJCE de 29/06/2006, Proc. n.º C-301/04 (Comissão *vs.* SGL Carbon AG).

Mais recentemente, a “jurisprudência Orkem” foi invocada pelo Advogado-Geral Bot, nas conclusões que proferiu no âmbito do caso Erste Bank, em 26 de Março de 2009²³.

²³ A propósito da jurisprudência comunitária, consultar o artigo “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito comunitário da concorrência – Uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários”, de Helena Gaspar Martinho, publicado neste Dossier Temático.

5. O *nemo tenetur* à luz da jurisprudência do TEDH

É usual comparar a tendência da jurisprudência comunitária com a evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH), o que se justifica em função do art. 6.º, n.º 2, TUE, que dispõe que a União respeitará os direitos fundamentais tal como são garantidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, CEDH)²⁴.

A jurisprudência do TEDH, baseada no art. 6.º, n.º 1, CEDH, tem vindo a densificar consideravelmente o *nemo tenetur*.

a) *Entrega de documentos*

Antes de mais, refira-se o Acórdão do TEDH de 25/02/1993 (*Funke vs. França*). Neste caso, o TEDH foi instado a pronunciar-se sobre a legitimidade de uma condenação, no sistema judicial francês, em multa (*amende*) e sanção pecuniária compulsória (*astreinte*) de um cidadão alemão, o Sr. Jean-Gustave Funke, ora queixoso²⁵, que se tinha recusado, na sequência de uma busca ao seu domicílio em que foram descobertos livros de cheques de contas bancárias localizadas no estrangeiro, a fornecer à administração alfandegária francesa extractos dessas suas contas e que poderiam, eventualmente, ser usados contra ele como prova. Ora, o TEDH criticou a decisão em causa, ainda que tenha frisado que a administração alfandegária não exigira confissão, nem tão-pouco entrega de provas auto-incriminatórias, mas somente apresentação de alguns elementos de informação sobre as contas bancárias que tinham sido referenciadas na busca. Só que, na verdade, não havia indícios da prática de infracção criminal, nem a administração alfandegária pôde ou quis utilizar os mecanismos da cooperação internacional para aceder aos elementos requeridos, preferindo antes exercer uma coerção ilegítima sobre o Sr. Funke para tentar obter dele as provas de uma infracção que não sabia se existira. O TEDH concluiu, portanto, que o direito de não fornecer provas contra si próprio fora lesado no seu núcleo essencial, pois não havia processo-crime instaurado e o investigado estava a ser usado como única fonte para a descoberta de possíveis indícios da prática de crime, o que constituía violação do direito a um processo equitativo (e, por consequência, do art. 6.º, n.º 1,

²⁴ Cf. Moura e Silva 2008: 91.

²⁵ Sobre este conceito de queixa, cf. Barreto 2004: 10.

CEDH²⁶). O TEDH entendeu que essa conclusão, só por si, tornava desnecessário analisar se teria havido, ou não, também uma violação do princípio da presunção de inocência (art. 6.º, n.º 2, CEDH²⁷). O TEDH não aceitou o argumento do Governo francês segundo o qual o cidadão tinha o dever de facultar, a pedido, a documentação relativa ao seu património e aos seus rendimentos porque o regime legal de controlo aduaneiro impunha um tal dever de colaboração com a administração alfandegária. Na verdade, o TEDH considerou simplesmente que o dever de colaboração não pode significar que os abrangidos possam ser obrigados a auto-incriminar-se. Como nota final, cabe destacar que o TEDH caucionou a sua conclusão fazendo apelo à própria “jurisprudência Orkem” do TJCE, entre outras referências.

b) Valoração em processo-crime do silêncio do arguido

Importa considerar o Acórdão do TEDH de 08/02/1996 (John Murray vs. Reino Unido). Aqui, o TEDH foi chamado a aferir da legitimidade de uma condenação penal, no sistema judicial britânico, baseada na valoração do silêncio do acusado e agora queixoso, o Sr. Murray. Sucede que o Sr. Murray fora detido pela polícia quando descia as escadas de um prédio onde foram descobertos um sequestrado e os respectivos sequestradores, militantes do *Irish Republican Army* (IRA), mas recusou-se sempre, quer durante o inquérito policial quer durante a audiência de julgamento, a prestar quaisquer declarações, o que não impediu, porém, o juiz de julgamento de estabelecer fortes inferências, que levaram à condenação do acusado, com base na recusa deste de explicar a sua presença naquele local. Ora, o TEDH considerou, apesar de tudo, que nem o julgamento tinha sido injusto, nem o princípio da presunção de inocência tinha sido violado (não havendo, por conseguinte, violação do art. 6.º, n.ºs 1 e 2, CEDH), já que a presença do acusado no prédio e a sua falta de explicação para o facto eram bastantes para a sua condenação com base no simples senso comum. Acresce que o TEDH considerou que a questão de saber se o direito ao silêncio é, ou não, absoluto deve ser respondida negativamente, pois não se pode pretender que a decisão de um acusado

26 Art. 6.º, n.º 1, CEDH: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

27 Art. 6.º, n.º 2, CEDH: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

de ficar calado durante todo o processo-crime não traga necessariamente implicações quando o juiz tiver de avaliar as provas que contra ele existem.

c) *Valoração em processo-crime de declarações anteriormente prestadas sob coerção*

É imperioso destacar o Acórdão do TEDH de 17/12/1996 (*Saunders vs. Reino Unido*). O Sr. Ernest Saunders, administrador executivo da sociedade *Guinness PLC*, foi condenado, no sistema judicial britânico, em cinco anos de prisão por associação criminosa (*conspiracy*), falsificação do balanço (*false accounting*) e crimes patrimoniais comuns (*thefts*), todos eles relacionados com uma oferta pública de aquisição (*takeover*) lançada pela *Guinness PLC* sobre a *Distillers Company PLC*, como resposta à da *Argyll Group PLC*. O TEDH teve de decidir a queixa do Sr. Saunders fundada no facto de terem sido usadas como prova num processo-crime subsequente as declarações que ele prestara sob coerção (*i.e.*, sob cominação de desobediência), em procedimento de investigação administrativo, aos inspectores do Ministério do Comércio e Indústria britânico, o que violaria o seu direito à não auto-incriminação, implicitamente consagrado, segundo a jurisprudência do TEDH, no art. 6.º, n.ºs 1 e 2, CEDH e reconhecido, entre outros, também pelo TJCE (*Orkem vs. Comissão*). O Governo britânico contra-alegou que só os depoimentos auto-incriminatórios seriam abrangidos pela prerrogativa de não auto-incriminação, já não as respostas dadas com intuito exculpatório, pelo que o acusado poderia ser confrontado, como foi, em audiência de julgamento com a transcrição das suas declarações, todas feitas com esse intuito exculpatório, não sendo de estranhar que, por causa disso, ficasse com o ónus de rebater as provas que contrariassem as suas próprias declarações. Acrescentou o Governo britânico que a prerrogativa de não auto-incriminação não é absoluta ou imutável, nem implica que nunca seja permitido usar como prova declarações auto-incriminatórias, documentos ou outros meios de prova obtidos através do exercício de poderes compulsórios, dando como exemplo os mandados de busca ou a sujeição a exames de saliva, sangue e urina. Ademais, o Governo britânico enfatizou o interesse público na conduta honesta das sociedades comerciais e na perseguição efectiva dos responsáveis por complexos delitos societários (*corporate frauds*), assinalando que os suspeitos, neste tocante, deveriam ser obrigados a responder às questões postas pelos inspectores e que as autoridades de perseguição penal deveriam poder usar essas respostas em processos-crime subsequentes. A diferença entre tais

delitos societários e os tipos de crime comuns assentaria no facto de, frequentemente, a prova documental que lhes corresponde ser insuficiente para a perseguição penal ou então ser incompreensível se não forem dadas as devidas explicações por parte dos indivíduos envolvidos. Ainda segundo o Governo britânico, os envolvidos são geralmente homens de negócios que contam com o apoio jurídico de advogados especializados, o que significaria que dificilmente darão respostas ingénuas. Em contrapartida, a Comissão Europeia de Direitos Humanos (doravante, ComEDH)²⁸ defendeu que a prerrogativa de não auto-incriminação deveria abranger todos os tipos de acusados, incluindo aqueles que fossem indiciados pela prática de complexos delitos societários. No caso concreto, a ComEDH entendeu que os elementos que o arguido, ora queixoso, fora obrigado a fornecer antes do processo-crime constituíram uma parte não despreciable da prova usada contra ele em julgamento, o que violava o princípio do julgamento equitativo. O delegado da ComEDH destacou, na audiência perante o TEDH, que a própria negação firme das imputações baseadas em depoimentos anteriormente prestados podia ser altamente prejudicial para o arguido, pois ele podia dar assim impressão de ser uma pessoa desonesta. Ora, o TEDH começou por definir, com rigor, o objecto da queixa, que versava apenas sobre a questão da legitimidade de utilização em processo-crime das declarações anteriormente prestadas pelo arguido, agora queixoso, aos inspectores do Ministério do Comércio e Indústria britânico, mas já não sobre a questão de saber se os próprios procedimentos de investigação administrativos deviam, ou não, ser abrangidos pelo princípio do processo equitativo, o que, em tese geral, mereceria uma resposta negativa, a menos que fosse sacrificado o interesse público na regulação efectiva das actividades comerciais e financeiras complexas. Considerando, por conseguinte, o objecto da queixa, o TEDH lembrou que, embora o artigo 6.º CEDH não mencione expressamente o direito ao silêncio e o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, estes pertencem ao cerne da noção de processo equitativo consagrada no referido normativo. Tal decorre, entre outras razões, da necessidade de se proteger o acusado perante uma eventual coerção abusiva por parte das autoridades. Em particular, o direito de não contribuir para a sua própria incriminação pressupõe que, em qualquer processo-crime,

²⁸ Desde 1998, o queixoso deixou de ter de fazer passar a sua petição pela ComEDH, podendo apresentá-la directamente ao TEDH, mas o caso vertente ainda foi apresentado à ComEDH, que o encaminhou para o Tribunal em 9 de Setembro de 1994.

a acusação tenha de ser construída sem recurso a provas obtidas através de coacção ou pressões de qualquer espécie, com desrespeito da vontade do acusado. Neste sentido, este direito está estreitamente ligado ao princípio da presunção da inocência. O TEDH acrescentou – numa fórmula que se tornou clássica, pois perde-se a conta às vezes em que já tem sido citada – que (tradução nossa) “[o] direito à não auto-incriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contratantes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito, tais como, inter alia, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de ADN”²⁹. Quanto ao caso concreto, o TEDH considerou que o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não pode ficar confinado às declarações de admissão da prática de ilícitos, nem a considerações directamente auto-incriminatórias, mas deve abarcar quaisquer depoimentos obtidos sob coerção, incluindo as respostas dadas em jeito de justificação ou desculpa, que pudessem depois ser usados, em sede de processo-crime, para pôr em causa outras declarações do acusado ou para minar a sua credibilidade, como sucedera, de resto, no caso em apreço. O TEDH decidiu, por conseguinte, que tinha havido violação do princípio do processo equitativo, tal como previsto no art. 6.º, n.º 1, CEDH. À conta do *obiter dictum* sobre as provas existentes independentemente da vontade do acusado, o presente aresto do TEDH tornar-se-ia, porém, muito mais vezes citado a propósito do dever, em processo-crime, de entrega de documentos ou de sujeição a exames do que a propósito da valoração, em processo-crime, de declarações anteriormente prestadas sob coerção.

d) Informação inadequada

O Acórdão do TEDH de 08/04/2004 (*Weh vs. Áustria*) teve por objecto uma situação de prestação de informação inadequada. O Sr. Ludwig Weh,

²⁹ “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.

ora queixoso, fora punido, no sistema judicial austríaco, com multa por falta de indicação completa da identidade e morada da pessoa que conduzira o seu veículo automóvel na altura em que este foi referenciado em excesso de velocidade. De facto, a Lei dos Veículos Motorizados (*Kraftfahrzeuggesetz*) previa como infracção criminal a violação do dever de fornecer às autoridades competentes, a pedido, a informação sobre quem conduz um determinado veículo automóvel identificado pela chapa de matrícula. O queixoso argumentava que fora punido por não ter fornecido informação que poderia incriminá-lo no contexto de um processo-crime por condução em excesso de velocidade. Só que o TEDH considerou que o queixoso não estava a ser substancialmente afectado por uma acusação relacionada com a condução em excesso de velocidade, nem no contexto de procedimentos penais em curso no momento em que o pedido lhe foi dirigido, nem no contexto de procedimentos penais subsequentes. Acresce que o TEDH considerou que tinha sido solicitado ao queixoso um esclarecimento meramente factual – ou seja, a indicação da identidade e morada do condutor do carro registado em nome dele –, o que não era directamente incriminatório, além de que essa informação não poderia ser obtida de outro modo. Não houve, concluiu o TEDH, violação do direito ao silêncio, nem da prerrogativa de não auto-incriminação.

e) Valoração em processo-crime de provas materiais extraídas à força do organismo do suspeito

O Acórdão do TEDH de 11/07/2006 (*Jalloh vs. Alemanha*) analisou uma queixa relativa à obtenção da prova material de um crime de tráfico de droga através da administração forçada de substâncias indutoras do vômito (designação clínica: eméticos), graças à qual se operou a recuperação por regurgitação da cápsula (“*bubble*”) de cocaína que o suspeito engolira quando foi detido em flagrante por agentes da polícia. O Sr. Abu Bakah Jalloh, cidadão serra-leonês, ora queixoso, foi condenado, no sistema judicial alemão, em um ano de prisão, com execução suspensa por seis meses com regime de prova, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes. Nem no julgamento, nem nos sucessivos recursos foram atendidos os seus protestos de que o meio de obtenção de prova usado, se bem que ordenado pelo Ministério Público e conduzido por um médico, constituía uma ofensa à sua integridade física praticada por funcionários (*Körperverletzung im Amt*), a qual fora desproporcionada e, como tal, era proibida pelo CPP alemão, além de que violara a sua dignidade humana, garantida pela Constituição (*Grundgesetz*). Diante do

TEDH, o Sr. Jalloh acabaria por apresentar queixa contra a Alemanha por ter sido sujeito a tratamento desumano e degradante, proibido pelo art. 3.º CEDH, além de ter visto desrespeitado o seu direito a um processo equitativo, garantido pelo art. 6.º, n.º 1, CEDH.

Num acórdão muito disputado, o TEDH daria razão ao Sr. Jalloh, considerando (por 11 votos contra 6, com declarações de voto concordantes e discordantes) ter havido violação do art. 6.º, n.º 1, CEDH. O presente aresto é especialmente relevante pelo facto de o TEDH nele indicar, pela primeira vez, os critérios gerais que contam para a decisão da questão da violação do *nemo tenetur* no caso concreto. A propósito, cabe aqui destacar o trecho a seguir reproduzido (tradução nossa): “[p]ara determinar se o direito à não auto-incriminação do queixoso foi violado, o Tribunal, por sua vez, terá de considerar os seguintes factores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infracção em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma”³⁰. No caso concreto, o TEDH considerou que (tradução nossa) “[...] a medida impugnada visava um traficante de rua que vendia drogas à sua pequena escala e que foi, a final, condenado numa pena de prisão com suspensão de execução por seis meses e regime de prova. Nas circunstâncias do caso vertente, o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e mental”³¹.

f) Outros

Mais arestos relevantes para a delimitação do *nemo tenetur* poderiam ainda ser citados, tais como (fazendo apenas uma alusão aos tópicos mais importantes): o Acórdão do TEDH de 21/03/2001 (Heaney e McGuinness *vs.* Irlanda), sobre o direito ao silêncio, embora reconhecendo que é legítima alguma valoração do silêncio em certas circunstâncias; o Acórdão do TEDH de 03/08/2001 (J.B. *vs.* Suíça), sobre a entrega de documentos que

30 “In order to determine whether the applicant’s right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence at issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put”.

31 “[...] the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparably small scale and was finally given a six months’ suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant’s conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity”.

fazem prova de evasão fiscal; o Acórdão do TEDH de 21/01/2009 (Bykov *vs.* Rússia), sobre a necessidade de se preservar o núcleo essencial do direito ao silêncio, e outros que a economia da exposição não aconselha continuar a citar.

g) Síntese

Não é trivial fazer uma teoria geral do *nemo tenetur* com base na jurisprudência do TEDH, tanto mais que os casos decididos revelam inúmeras particularidades, além de que os arestos têm motivações muito concretas e focadas nos argumentos apresentados pelos sujeitos processuais. Acresce que a brevidade das explicações dadas pelo TEDH em muitas das suas decisões sobre a questão do *nemo tenetur* torna difícil de apreender os argumentos decisivos³². Seja como for, a análise da jurisprudência do TEDH autoriza, pelo menos, a conclusão de que o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não é um direito absoluto, mas admite ponderações e restrições no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se garanta a preservação do núcleo essencial daquele direito³³.

IV. LIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO TJCE E DO TEDH

Que lições podemos extrair da citada jurisprudência do TJCE e do TEDH para a interpretação da Lei da Concorrência? O primeiro impulso levar-nos-ia a estabelecer uma divisória entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas no tocante à operação das garantias de defesa, no sentido de que só as pessoas singulares beneficiariam da prerrogativa de não auto-incriminação. O argumento parece reforçado pelo facto de, até hoje, nenhuma pessoa colectiva ter apresentado ao TEDH qualquer petição reagindo contra uma violação da sua prerrogativa de não auto-incriminação³⁴.

³² A dificuldade assinalada em texto é posta em relevo, a propósito do caso Funke *vs.* França, por Butler 2000: 464-468.

³³ Para uma delimitação do conteúdo do núcleo essencial do direito, consultar o artigo "O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*", de Catarina Anastácio, publicado neste Dossier Temático.

³⁴ Segundo Elholm 2005: 132.

No caso *Société Stenuit vs. França*, o TEDH não chegou a pronunciar-se sobre a aplicabilidade do art. 6.º, n.º 1, CEDH às pessoas colectivas, pois a sociedade comercial queixosa informou, entretanto, o Tribunal de que queria desistir ("*withdraw*") da queixa. Por conseguinte, o TEDH decidiu, por unanimidade, retirar o caso da lista, não proferindo decisão de mérito (27/02/1992).

Só que a divisão entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas não tem razão de ser³⁵. Na verdade, a Lei da Concorrência impõe um dever de colaboração tanto às empresas, como aos seus representantes legais, assim como a quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes. Sem esquecer que, em sede de direito da concorrência, as empresas podem ser corporizadas por uma pessoa colectiva ou por uma mera pessoa singular³⁶. Neste último caso, o dever de colaboração abrangerá a pessoa singular que prossegue autonomamente uma determinada actividade económica durável. Por fim, a responsabilidade por violação do dever de colaboração tanto pode abranger as pessoas singulares, como as pessoas colectivas, nos termos do art. 47.º, n.ºs 1 e 2.

Além de que não teria sentido retirar só às pessoas colectivas as garantias de defesa³⁷.

Portanto, a questão é, tão-somente, a de saber se a prerrogativa de não auto-incriminação, que é iniludível nos processos penal e contra-ordenacional, sofre, ou não, restrições no âmbito da Lei da Concorrência e, em caso afirmativo, qual a razão de ser dessa entorse aos princípios gerais do processo penal na Lei da Concorrência, não obstante o RGCOE e o CPP se lhe aplicarem subsidiariamente.

Não obstante a própria jurisprudência do TEDH aceitar, como vimos, que o *nemo tenetur* não é um direito absoluto, é verdade que a jurisprudência do TJCE, por comparação, é sensivelmente menos garantística nessa matéria, pois aceita, como ponto de partida, que as empresas e os seus representantes têm um dever de colaboração com o Regulador, algo que não tem paralelo com qualquer dever – que não existe de todo – dos suspeitos ou arguidos, em processo penal, para com as autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal.

35 Cf. Silva Dias & Costa Ramos 2009: 42.

36 O conceito de empresa no Direito comunitário de concorrência “*é um conceito funcional que assenta essencialmente na existência de uma autonomia real de comportamento no mercado e que visa indistintamente as pessoas singulares e as pessoas colectivas, sejam ou não dotadas de personalidade jurídica. Nos termos duma jurisprudência constante dos tribunais comunitários, a empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito juridicamente autónomo e prossequindo, de forma durável, um fim económico determinado*” (Pais Antunes 1995: 18, n. 14, destaques suprimidos). O conceito também vale para o Direito nacional de concorrência, por interpretação do art. 2.º, n.º 1.

37 Nem sequer se a questão se pusesse em processo penal. A partir do momento em que as pessoas colectivas caem na alçada do Direito penal, não se pode, do mesmo passo, criar para elas um Direito penal e processual penal de excepção. A questão é, no entanto, muito debatida (cf. Köck 2004: 272-274).

Se partirmos do princípio de que as actividades económicas ligadas ao exercício do direito de iniciativa privada (art. 61.º CRP) não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de protecção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular³⁸, bem se compreende que o legislador possa exigir, da parte dos particulares que queiram desenvolver tais actividades, a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte dos Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos. Do lado dos particulares, digamos que, se quiserem ser autorizados a exercer uma actividade económica, então têm de abdicar, no âmbito em causa, das tradicionais garantias de protecção diante do Estado, aquelas de que desfrutam quando se trata simplesmente da sua actuação livre no campo dos direitos fundamentais. É isso que explica uma eventual diminuição das garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência.

Não se diga, porém, que faltam garantias de defesa neste tipo de processo. As empresas e os seus representantes gozam de várias garantias de defesa, a saber:

a) As empresas têm o direito de ser informadas de que corre inquérito contra elas quando tiverem de suportar as diligências de investigação promovidas pela AdC. Não se diga que essa informação é redundante, como se não pudessem deixar de perceber isso pelo simples facto de suportarem as referidas diligências. Tal não corresponde à verdade, pois a Lei da Concorrência admite que essas diligências ocorram tanto no quadro dos poderes de supervisão como no dos poderes sancionatórios (art. 17.º), de modo que as empresas ficariam sempre na dúvida se não fossem formalmente informadas da natureza dos procedimentos em curso. A Lei da Concorrência acautela essa situação ao exigir que todo e qualquer pedido de informações ou de documentos seja instruído pela AdC com indicação da “base jurídica” e do “objectivo do pedido” (art. 18.º, n.º 1, alínea *a*)), o que implica, naturalmente, a referência ao inquérito em curso no âmbito de um procedimento sancionatório, se for o caso. Neste contexto, o pedido deve ainda esclarecer se é dirigido a “empresas envolvidas” ou meramente a “outras empresas” (art. 17.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*));

b) A questão que se coloca agora é a de saber se essa informação prestada às empresas é suficiente para lhes garantir alguma espécie de direitos no tocante

³⁸ Cf. Santos, Gonçalves & Marques 2008: 47-49.

ao procedimento sancionatório em causa. Ou será que a AdC deveria ir mais longe e constituir arguidos³⁹? Quais seriam, nesse caso, as consequências da atribuição do estatuto de arguido no âmbito de um processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência? Ora, se a Lei da Concorrência derroga muitos dos tradicionais direitos do arguido, tal como vêm previstos no art. 61.º CPP, então as consequências da atribuição do estatuto de arguido não podem deixar de ser muito menos significativas do que à primeira vista poderíamos imaginar. Mesmo assim é de destacar que as empresas e os seus representantes, beneficiando do estatuto de arguido, ganham o direito de ser informados, em traços gerais, dos factos que lhes são imputados sempre que, por parte da AdC, lhes forem dirigidos pedidos de informação (art. 61.º, n.º 1, alínea *c*), CPP⁴⁰, além de que se podem fazer acompanhar de advogado em todas as circunstâncias do processo (art. 61.º, n.º 1, alínea *f*), CPP). Acresce que as próprias empresas e os seus representantes podem pedir o estatuto de arguido sempre que considerarem que um pedido, de que são destinatários, se destina a comprovar a imputação de alguma prática restritiva da concorrência (art. 59.º, n.º 2, CPP)⁴¹.

Tudo isso se justifica com base num princípio de lealdade processual.

V. O DEVER DE COLABORAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

A jurisprudência do TCL adere à chamada “jurisprudência Orkem”, como se verá na sequência⁴².

Em primeiro lugar, cumpre citar a Sentença do TCL de 28/07/2006, Proc. n.º 261/06.1TYLSB, onde, a propósito da invocação pela Arguida da nulidade das provas obtidas por violação do direito ao silêncio, se conclui antes “[...] *pela não verificação da invocada nulidade de obtenção de provas, por as mesmas, desde logo, na parte que nos interessa, não terem sido obtidas mediante*

39 Na Lei da Concorrência nada se diz sobre a aquisição da qualidade de arguido em momento anterior à notificação da Nota de Ilícitude (NI) às empresas. Há jurisprudência no sentido de não haver obrigatoriedade de constituição formal de arguido nos processos sancionatórios especiais por práticas restritivas da concorrência (Sentença do TCL de 02/05/2007, Proc. n.º 965/06.9TYLSB). Donde se retira que, na falta de constituição formal de arguido, a mesma ocorrerá *ope legis* com a notificação da NI às empresas, se e quando tal acontecer. Mas nada impede a AdC de fazer a constituição formal de arguido, inclusive antes da notificação da NI às empresas.

40 A Revisão do CPP pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, criou a alínea *c*) do n.º 1 do art. 61.º CPP.

41 Para confronto de opiniões nesta matéria, cf. Silva Dias & Costa Ramos 2009: 75-76.

42 Cf. Reis Silva 2007: 72.

tortura, coacção ou ofensa da integridade física ou moral ou ameaça com medida legalmente inadmissível, mas sim através de um meio válido consagrado pelo legislador, o disposto nos art.ºs 17º n.º 1 al. a) e 18º Lei 18/2003". E continua nestes termos: "A este respeito importa citar com interesse a posição do Tribunal de Justiça, no Acórdão (Quinta Secção) de 07.01.2004, Aalborg Portland e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, que refere, ainda que a propósito do Regulamento n.º 17, que no cumprimento das suas funções, deve a [C]omissão velar para que os direitos de defesa não sejam comprometidos no âmbito de processos de instrução prévia, que possam ter carácter decisivo para a produção de provas de natureza ilegal, de comportamentos de empresas susceptíveis de implicar a respectiva responsabilidade. Acrescentando ainda que, a [C]omissão não pode, no âmbito de um pedido de informações, impor a uma empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais esta seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à [C]omissão [em nota de rodapé, é citado também o Ac. de 18.10.1989, Orkem vs. Comissão]. Ora, na espécie, analisando a questão por esta perspectiva, compulsada a solicitação feita pela Autoridade à [...], concluímos que a Autoridade apenas solicitou à [...] elementos documentais e informativos 'objectivos': cópias de tabelas, números de associados, contactos e números de agentes de navegação, indicação das associadas mais representativas do sector, indicação de empresas não associadas, caracterização do mercado, indicação de volumes de negócios. Informações que a serem prestadas, nos termos solicitados, não permitem desde logo, de 'per si' levar a arguida a admitir a existência de uma infracção". Este aresto foi confirmado, aliás literalmente, pelo Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), Acórdão de 15/03/2007, Proc. n.º 172/07.9)⁴³.

Importa também citar a Sentença do TCL de 08/05/2007, Proc. n.º 205/06.0TYLSB, onde se considera que "[s]obre esta concreta questão da obrigatoriedade de resposta às 'perguntas' e satisfação dos pedidos de informação formulados pela AdC, não podemos deixar de concordar com esta. O regime legal está exaustivamente regulado: a AdC tem o poder de formular perguntas e solicitar elementos e informações (art. 17º n.º 1, als. a) e b) da LdC) no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão. Por outro lado recai sobre as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades o dever de prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições, para as quais dispõe de poderes sancionatórios e de supervisão – art. 8º dos Estatutos da AdC. O facto de este poder da AdC

43 Citando este Acórdão, cf. Mendes Pereira 2009: 239-240.

estar consagrado também para procedimentos sancionatórios (aos quais é aplicável o RGCO e o CPP pela via já assinalada) sem que se faça qualquer distinção de regime quanto aos destinatários do dever, pelo contrário, especificando na alínea a) do art. 17º nº1 que este poder se dirige também contra os representantes legais das empresas ou associações de empresas envolvidas, leva à conclusão de que, neste particular, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário. Entendemos, pois, que não sendo necessário o recurso ao processo penal, o art. 61º nº1, al. c) do CPP não é aplicável em processo de contra-ordenação da concorrência”. Mas logo se acrescenta que “[e]sta nossa posição não implica, porém, sem mais, a inexistência do direito à não auto-incriminação neste tipo de procedimentos. É que, note-se, apenas se afastou a aplicação de determinado regime subsidiário. Agora há que verificar se esta garantia constitucionalmente consagrada é ainda aplicável, e em que medida, directamente por via do art. 32º nº10 da CRP. Aliás, nem tal poderia deixar de ser feito, atenta a reclamação da arguida de que a interpretação dos preceitos que vimos citando no sentido da exclusão deste direito seria inconstitucional por violação do citado art. 32º nº10, reclamando a desaplicação dos preceitos”. Após análise do ponto, a conclusão acaba sendo a seguinte: “[...] a proposição achada pelo juiz comunitário – inexistência de obrigação de fornecer respostas através das quais se seja levado a admitir a existência de 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, pelas seguintes ordens de razões: – não pode ser considerada violadora da jurisprudência do TEDH, à luz do caso Saunders; – respeita o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, embora restringindo-o; – essa restrição é permissível (ao contrário do que sucederia com a sua pura eliminação), lida à luz da diferente natureza do ilícito penal e do ilícito contra-ordenacional; – permite o desenvolvimento da actividade da AdC ao abrigo e para prosseguimento de um direito fundamental social, embora restringindo os poderes desta; – essa restrição é justificada pela necessidade de respeito do núcleo essencial do direito à não auto-incriminação como derivação da presunção de inocência; – o processamento permite, no direito nacional, a demonstração de significado diverso em contraponto à obrigatoriedade de fornecimento de resposta a pedidos respeitantes a elementos de facto e documentos – direito de audição e defesa e impugnação judicial de plena jurisdição”.

Finalmente, interessa citar a Sentença do TCL de 10/08/2007, Proc. n.º 1050/06.9TYLSB, que, a propósito da aplicabilidade do princípio *nemo teneatur* aos procedimentos sancionatórios de concorrência, conclui em termos

idênticos aos referidos *supra*. O presente aresto foi confirmado pelo Acórdão do TRL de 25/11/2008, Proc. n.º 6057/08-5⁴⁴.

CONCLUSÃO

O regime legal do processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência afasta-se, em muitos aspectos, das garantias de defesa do processo penal e do processo de mera ordenação social. Uma eventual diminuição das garantias de defesa justifica-se em função da existência de um dever de colaboração das empresas para com a AdC.

Mas fica salvaguardado um aspecto essencial da prerrogativa de não auto-incriminação, a saber: a empresa, ou pessoa, sob investigação tem o direito de não fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção em causa, cuja prova cabe à AdC.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Ireneu Cabral

2004 “A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Sub Judice* 28, Outubro, pp. 9-32.

BUTLER, Andrew S.

2000 “*Funke v. France* and the Right against Self-incrimination – A Critical Analysis”, in *Criminal Law Forum*, n.º 11, pp. 461-505.

CEDIPRE/FDUC,

2002 *Declaração de Condeixa*, Coimbra.

COSTA PINTO, Frederico da Costa

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

2007 “*Corpus Juris* 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*, Parte II”, in *Revista do Ministério Público* n.º 109 – Jan/Mar, pp. 57-96.

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

- ELHOLM, Thomas
 2005 “New EU Competition Rules in a Criminal Legal Context”, in Husabø, Erling Johannes & Strandbakke, Asbjørn (org.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Antwerpen / Oxford: Intersentia, pp. 119-145.
- 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.
- Köck, Elisabeth
 2004 “Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände”, in Graf, Christian & Medigovic, Ursula (org.), *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, Wien / Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, pp. 267-279.
- LOPES RODRIGUES, Eduardo Raul
 2005 *O essencial da política de concorrência*, Oeiras: Instituto Nacional de Administração (INA).
- 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
 2003 “Uma nova autoridade para a concorrência”, in Marques, Maria Manuel Leitão & Moreira, Vital, *A Mão visível – Mercado e regulação*, Coimbra: Almedina, pp. 183-186.
- MENDES PEREIRA, Miguel
 2009 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOURA E SILVA, Miguel
 2008 *Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.
- PAIS ANTUNES, Luís Miguel
 2005 *Direito da concorrência – Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.
- 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.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano
 2001 *A posição dominante relativa no Direito da concorrência*, Coimbra: Almedina.

REIS SILVA, Maria de Fátima

2007 “O direito à não auto-incriminação”, in *Sub Judice*, 40, pp. 59-74.

ROGALL, Klaus

1977 *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst – Ein Beitrag zur Geltung des Satzes “Nemo tenetur seipsum prodere” im Strafprozess*, Berlin: Duncker & Humblot.

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2004 *Direito económico*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.

SÉRVULO CORREIA, J. M.

2008 “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in AA.VV., *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Menezes Cordeiro, António, Pais de Vasconcelos, Pedro & Costa e Silva, Paula (org.), Coimbra: Almedina, pp. 1747-1789.

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.

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].

YANYOU, Yi

2009 “Privilégio de obstar à auto-incriminação em processo penal”, in Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau (org.), *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito processual penal, estado presente e perspectivas de evolução*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 199-213.