

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE E CONCORRÊNCIA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Vânia Costa Ramos

ABSTRACT: The conflict between the privilege against self-incrimination and the duties to cooperate in the field of competition law, subject to the state's supervision activity, is notorious. While it is legitimate to invoke the mentioned privilege within the competition sanction proceedings, it is important to discuss to what extent this privilege may be applied. This article provides a brief summary of the Lisbon Commercial Court's case-law regarding this matter, along with a final critical consideration on the underlying doctrine.

SUMÁRIO: I. Deveres de cooperação *vs.* *nemo tenetur*. II. A jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa. III. Breve apreciação crítica.

Não obstante ser o *nemo tenetur* um princípio que tem a sua origem histórica no processo penal¹, é hoje evidente que, para além deste, vários são os domínios nos quais emerge o conflito entre o *nemo tenetur* e os deveres de cooperação que impendem sobre pessoas singulares e colectivas.

¹ Sobre a origem histórica do princípio no nosso ordenamento jurídico, cf. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 9-14. Sobre a origem do princípio em geral, cf. Figueiredo Dias, 1974:450; Sá, 2006: 133; Costa Andrade, 1992: 123; Costa Ramos, 2007: 136-139.

Exemplo elucidativo, entre outros², é o domínio da concorrência, sujeito à actividade estadual de supervisão³ através de uma entidade reguladora independente – a Autoridade da Concorrência (AdC) – e cujo quadro normativo prevê determinadas obrigações legais de cooperação dirigidas aos indivíduos ou pessoas colectivas sujeitos à acção inspectiva ou de supervisão da AdC, cujo cumprimento pode resultar na sua auto-incriminação ou auto-inculpação⁴.

Será, pois, legítimo questionar: vale, ou não, o *nemo tenetur* no domínio da concorrência?

A questão é de manifesta actualidade e importância prática, como demonstra o número de vezes que tem sido suscitada nos recursos interpostos das decisões da AdC para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

Existindo já um acervo considerável de arestos em que o Tribunal adopta posição reiterada sobre a matéria, formulámos o propósito de, nesta modesta contribuição, sintetizar a doutrina subjacente aos mesmos, tecendo breve apreciação crítica a final.

Por este motivo, não prescindindo de um capítulo introdutório, o ponto de partida do presente trabalho será constituído pelas decisões do Tribunal de Comércio citadas e não serão analisados directamente outros domínios onde a questão se coloca de forma igualmente pertinente⁵.

2 De que são exemplo os domínios das infracções rodoviárias, do mercado dos valores mobiliários, dos seguros, das instituições financeiras, do mercado das comunicações, da saúde e das actividades económicas e culturais.

3 Supervisão que terá como uma das finalidades primordiais a prevenção da intensificação dos riscos característicos das sociedades pós-industriais, criados ou potenciados pelas actividades reguladas, bem como garantir a idoneidade dos agentes económicos e a regularidade dos seus comportamentos – v. Costa Pinto, 1999.

4 Doravante utilizar-se-á, por facilidade de expressão, o termo composto “auto-incriminação”. “Auto-incriminação” deve, todavia, entender-se aqui num sentido amplo, incluindo a contribuição para o estabelecimento da própria responsabilidade por infracções criminais ou contra-ordenacionais, de direito administrativo sancionatório. A expressão “auto-incriminação” é, porém, em bom rigor, espécie do género “auto-inculpação”. O direito à não auto-incriminação significa o direito a não colaborar para a própria qualificação como autor de um crime. O direito à não auto-inculpação abrange, mais amplamente, o direito a não contribuir para a declaração ou pronúncia da sua culpa, no qual se inclui o direito a não contribuir para o estabelecimento da própria responsabilidade como autor de contra-ordenação. A expressão “auto-inculpação” acentua ainda a aplicação do *nemo tenetur* a todo o direito punitivo (assim como chama particular atenção para a relação entre o *nemo tenetur* e a presunção de inocência).

5 Sobre o tema noutros domínios, cf. v.g. Costa Pinto, Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009; Silva Dias & Costa Ramos, 2009; Sá, 2006; Costa Ramos, 2006 e 2007.

I. DEVERES DE COOPERAÇÃO VS. NEMO TENETUR

Antes de mais, cumpre precisar o alcance dos deveres de cooperação válidos no domínio da concorrência, delimitando também o quadro normativo subjacente às decisões do Tribunal de Comércio que se enunciarão em II.

As disposições constantes da Lei da Concorrência (LdC), decalcadas do Regulamento Comunitário n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, estabelecem amplos deveres de cooperação aos agentes que exercem actividades de carácter económico, correlativos dos poderes atribuídos à Autoridade da Concorrência.

Os Estatutos da AdC, aprovados pelo DL n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, consagram um dever geral de colaboração, segundo o qual *«as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições»* (art. 8.º).

A estes deveres correspondem prerrogativas de inquérito e de inspecção que permitem à AdC inquirir os representantes legais das empresas, suspeitos ou não, e pedir-lhes quaisquer documentos ou elementos de informação, bem como interpelar quaisquer outras pessoas cujas declarações sejam consideradas pertinentes (art. 17.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), da LdC).

Estas prerrogativas podem ser utilizadas pela AdC, quer no exercício de poderes sancionatórios, quer de poderes de mera inspecção⁶.

O seu incumprimento constitui contra-ordenação, nos termos das als. *b*) e *c*) do n.º 3 do art. 43.º da LdC, sujeita à aplicação de uma coima que não pode exceder 1% do volume de negócios da empresa no ano transacto.

As condutas típicas consistem na *«não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade, no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão»* e na *«não colaboração com a Autoridade ou a obstrução ao exercício por esta dos poderes previstos no artigo 17.º»*.

A punição não dispensa o sujeito do cumprimento da obrigação, se este ainda for possível, podendo mesmo ser aplicada sanção pecuniária, nos termos da al. *c*) do art. 46.º da LdC.

Se precedida da necessária cominação, a falta de colaboração poderá ainda ser punida a título de desobediência simples, nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. *b*), do CP.

⁶ Neste sentido também, Sousa Mendes, 2009a: 210.

Além das prerrogativas especialmente conferidas pela LdC, a AdC usufrui dos poderes e está adstrita aos deveres que incumbem aos órgãos de polícia criminal, nos termos do CPP (art. 17.º, n.º 1, da LdC), podendo, entre outros, com autorização do MP (art. 17.º, n.º 2, da LdC), proceder a buscas nas instalações das empresas envolvidas, a exame, recolha e apreensão de cópias da escrita e documentação da empresa, mesmo que não acessível ao público em geral, bem como à selagem daquelas instalações para realização das referidas diligências (art. 17.º, n.º 1, als. *c*) e *d*), da LdC).

Os funcionários e órgãos da AdC estão obrigados ao dever de sigilo sobre os factos conhecidos no âmbito das suas funções e que estejam cobertos por segredo nos termos da lei, como, por exemplo, os factos abrangidos por segredo comercial (art. 36.º dos Estatutos).

As competências decisórias a nível sancionatório pertencem ao Conselho, designadamente a abertura e decisão dos processos relativos às práticas restritivas, a aplicação das coimas e a adopção de medidas cautelares (art. 17.º, n.º 1, al. *a*), dos Estatutos), bem como a emissão de ordens para realização de investigações (art. 17.º, n.º 1, al. *d*), primeira parte, dos Estatutos).

Sobre os funcionários da AdC impende dever de denúncia de crimes de que adquiram conhecimento no exercício de funções (art. 242.º, n.º 1, al. *b*), do CPP)⁷.

A AdC não tem, porém, competência para investigação de crimes.

Aos processos sancionatórios no âmbito da concorrência, para além das normas especialmente previstas na Secção I do Capítulo III da LdC, são aplicáveis os princípios do procedimento administrativo, como o da audiência dos interessados e do contraditório⁸, e os demais princípios consagrados pelo Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO)⁹.

Quando as infracções investigadas digam respeito a práticas restritivas da concorrência, previstas nos arts. 4.º, 6.º e 7.º da LdC (as primeiras duas correspondentes às práticas proibidas pelos arts. 81.º e 82.º do TCE, às quais

7 Exercendo a AdC poderes públicos de autoridade conferidos pelo Estado central, próprios das funções deste, e tendo os seus funcionários estatuto equiparado ao dos órgãos de polícia criminal, devem considerar-se, abrangidos pelo conceito do art. 386.º do CP. Sobre este conceito, v. Damião da Cunha, 2001 (art. 386.º, § 16 ss).

8 Manifestando estranheza quanto a esta referência ao Código do Procedimento Administrativo, Sousa Mendes, 2009b. O Tribunal de Comércio, nas decisões *infra* citadas, exclui a aplicação do Código do Procedimento Administrativo aos processos de natureza sancionatória previstos na LdC.

9 Art. 19.º da LdC.

também se aplicam as normas processuais da LdC, quando tramitados os processos pela AdC), tem aplicação o procedimento especial previsto na Secção II do Capítulo III da LdC, e, subsidiariamente, as normas do RGCO (cf. art. 22.º, n.º 1, e art. 19.º da LdC)¹⁰.

Os recursos judiciais das decisões da AdC são decididos pelo Tribunal de Comércio de Lisboa (art. 50.º da LdC e art. 89.º, n.º 2, al. c), da LOFTJ).

No domínio da concorrência, o processo administrativo de supervisão e o processo sancionatório são distintos, mas encontram-se intimamente ligados.

Muito embora as referidas prerrogativas de inquérito e de inspecção sejam comuns aos poderes sancionatórios e de supervisão (art. 17.º da LdC), os Estatutos distinguem claramente o conteúdo e finalidades daqueles poderes (art. 7.º, n.ºs 1, 2 e 3, dos Estatutos), pelo que cremos deverem ser autónomos e diferenciados os dois procedimentos.

A própria LdC aponta para esta interpretação, ao determinar a aplicação de diferentes regimes subsidiários (arts. 19.º e 20.º) e ao consagrar regras próprias para o procedimento sancionatório.

A diferente natureza dos procedimentos não significa, porém, estanciedade e absoluta autonomia. Decorre claramente da configuração da AdC (entidade que concentra em si os poderes de fiscalização, investigação, decisão e punição), e do próprio regime da concorrência que os poderes sancionatórios previstos existem e são exercidos para garantia do regime de supervisão.

Qualquer suspeita de prática proibida conhecida no exercício da actividade da AdC dará lugar ao correspondente inquérito (art. 24.º, n.º 1, da LdC) e, terminado o inquérito, o serviço instrutor elaborará relatório final com proposta de instrução ou de arquivamento do processo, consoante conclua pela existência, ou não, de indícios suficientes de infracção às normas da concorrência (art. 25.º, n.º 1, da LdC).

Tendo em conta a natureza garantística do *nemo tenetur*¹¹ – segundo a qual ao indivíduo (ou à pessoa colectiva¹²) cabe decidir se, como e quando está disposto a contribuir para a sua própria incriminação – a consagração de deveres de cooperação susceptíveis de conduzir à auto-incriminação e a consagração

¹⁰ Neste sentido, cf. Sousa Mendes, 2009b.

¹¹ Sobre os fundamentos do princípio cf. Costa Ramos, 2007: 57-72; Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 14-17; Palma, 1994: p. 107; Costa Andrade, 1992: 125; Antunes, 1992:25-26; Rogall, 1977.

¹² Sobre a aplicabilidade do princípio às pessoas colectivas, cf. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 39-42; Sousa Mendes, 2009a: 221-222; Adérito Teixeira, 2008: 157-159.

de sanção pelo incumprimento desses deveres constituirão sempre uma restrição àquele princípio.

O *nemo tenetur* não é, todavia, um princípio absoluto, subtraído a ponderação. Poderá ser limitado para protecção de outros direitos, liberdades ou garantias da mesma natureza e segundo critérios de adequação e de proporcionalidade, em conformidade com o n.º 2 do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Para responder à questão inicialmente colocada, será decisivo apurar se e em que medida os deveres de cooperação vigentes no direito da concorrência prevalecem ou não sobre o *nemo tenetur*.

Em caso de resposta negativa, terá de concluir-se que o *nemo tenetur* deroga a existência daqueles deveres de cooperação e constitui fundamento legítimo de recusa de colaboração, excludente da ilicitude da recusa.

Se a resposta for afirmativa, deverá ainda questionar-se a admissibilidade da utilização em processo penal ou em processo de contra-ordenação da prova obtida em compressão do *nemo tenetur*.

II. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

São vários os arestos do Tribunal de Comércio que se debruçam sobre a questão do *nemo tenetur* no domínio da concorrência: processos n.ºs 261/06.1TYLSB¹³, 205/06.0TYLSB¹⁴, 1050/06.9TYLSB¹⁵ e 350/08.8TYLSB¹⁶.

Nos processos n.º 261/06.1TYLSB, 205/06.0TYLSB e 1050/06.9TYLSB, o Tribunal de Comércio decidiu em sentido idêntico e com fundamentação coincidente¹⁷, adoptando o critério segundo o qual os preceitos da LdC (arts. 17.º, n.º 1, al. a) e 43.º, n.º 3, al. b)) não violam o direito ao silêncio nem o direito à não auto-incriminação constitucionalmente consagrados, desde que

13 Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 28 de Julho de 2006, processo n.º 261/06.1TYLSB, 3.º Juízo (confirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 15/03/2007, processo n.º 172/07.9).

14 Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 8 de Maio de 2007, processo n.º 205/06.0TYLSB.

15 Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10 de Agosto de 2007, processo n.º 1050/06.9TYLSB (confirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 25 de Novembro de 2008, processo n.º 6057/08-5). Sumário do acórdão disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aolqsr3GD e4%3d&tabid=622>.

16 Despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 8 de Abril de 2008, processo n.º 350/08.8TYLSB – 1.º Juízo.

17 Fundamentação praticamente transcrita em Reis Silva, 2007.

a entrega dos elementos solicitados pela AdC a empresas arguidas não impliquem admissão da prática dos ilícitos imputados.

Para chegar a tal conclusão, o Tribunal afasta a aplicação subsidiária do art. 61.º, n.º 1, al. *c*), do CPP (actual alínea *d*), do art. 61.º, n.º 1, do CPP), por existirem normas expressas na LdC contrárias ao CPP, consagrando deveres de cooperação para as empresas visadas e regulando exaustivamente a questão da obrigatoriedade da resposta aos pedidos da AdC (art. 17.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), da LdC).

De acordo com essa posição do Tribunal de Comércio de Lisboa, a AdC pode fazer perguntas e solicitar elementos e informações no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão, recaindo sobre as empresas ou quaisquer outras 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, nos termos do art. 8.º dos Estatutos da AdC, o que afasta a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contra-Ordenações e do CPP.

O Tribunal considera particularmente relevante a circunstância de os poderes da AdC estarem consagrados também para os processos sancionatórios, distinguindo-se especificamente, quanto aos destinatários, que tal poder se dirige inclusivamente aos representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, sem proceder a qualquer diferenciação de regime face a outras (art. 17.º, n.º 1, al. *a*), quanto às empresas envolvidas, e al. *b*), da LdC).

Diferenciação que conduzirá à conclusão de que, neste particular, o legislador expressamente pretendeu afastar a aplicabilidade de preceitos de sentido oposto.

Ainda assim, o Tribunal de Comércio defende a aplicabilidade directa do direito à não auto-incriminação aos processos sancionatórios por via da sua consagração constitucional¹⁸, muito embora a amplitude do princípio não tenha que ser a mesma com que este vale em processo penal, até pela diferente natureza dos ilícitos em causa.

Para determinar a amplitude do *nemo tenetur* em processo penal, o Tribunal procede a um juízo de ponderação entre aquele princípio e os deveres de cooperação estabelecidos na LdC, concluindo que os últimos prevalecem

18 Reiterando a natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*, cf. ACTC 155/2007, de 02.03, ponto 12.1.5.

sobre o primeiro, na medida em que não interferiram com o *núcleo essencial* deste.

Núcleo essencial que parece coincidir com o “direito ao silêncio”¹⁹, no sentido de que ao arguido em processo sancionatório de concorrência²⁰ não pode ser exigido o fornecimento de respostas através das quais seja levado a admitir a existência da infracção em investigação.

Daquela “núcleo essencial” está, porém, excluído o fornecimento coercivo de documentos preexistentes e de puros elementos de facto (oralmente ou através de documentos elaborados em resposta à AdC), mesmo que deles resulte a incriminação de inculpação do investigado.

Para o Tribunal, a circunstância de serem, a posteriori, garantidos os direitos de audição e de defesa e a impugnação judicial de plena jurisdição é ainda relevante por permitir a demonstração de que os elementos fornecidos ao abrigo de obrigações de cooperação têm um significado diverso, garantindo-se o contraditório e a igualdade de armas.

O Tribunal de Comércio adopta a jurisprudência *Orkem* do Tribunal de Justiça (TJ)²¹ e, em defesa da constitucionalidade e da conformidade das restrições adoptadas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), defende – à semelhança do TJ – que a sua posição é conforme à doutrina propugnada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão *Saunders*²².

Para o Tribunal de Comércio, a ponderação entre o *nemo tenetur* e os deveres de cooperação no domínio da concorrência é admissível porque, embora o primeiro seja uma garantia fundamental consagrada no art. 32.º da CRP, destinada a assegurar o direito à liberdade e à segurança, os segundos visam assegurar a supervisão no domínio da concorrência.

Sendo a defesa da concorrência uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento, com consagração constitucional na CRP (arts. 80.º, al. *a*) e 81.º,

19 Para uma distinção entre direito ao silêncio e direito à não auto-incriminação, cf. Costa Ramos, 2007:131-133, e ainda Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 23 ss..

20 Bem como em processo administrativo cujo objecto coincida com o do processo sancionatório.

21 Acórdão de 18.10.1989, caso C-347/87. Reiterada nos acórdãos *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comissão* (T-112/98), do TPI, *PVC II – Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros c. Comissão* (C-238, 244-245, 247, 250, 251-252 e 254/99), do TJ, *Tokai Carbon e outros c. Comissão* (T-236/01, 239/01, 244-246/01, 251/01, 252/01), do TPI, *Comissão c. SGL Carbon* (C-301/04), do TJ.

22 Acórdão *Saunders*, de 17 de Dezembro de 1996, <http://www.echr.coe.int/echr>.

al. f))²³, e tendo o direito de defesa da concorrência por função a preservação das estruturas concorrenciais de mercado, este direito surge como garantia da igualdade de oportunidades e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, garantindo o direito fundamental económico de livre iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1, da CRP), direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Desta forma, embora o princípio da presunção de inocência, no qual se funda, na opinião do Tribunal, o *nemo tenetur*, seja instrumental da liberdade e segurança, a defesa da concorrência é instrumental da livre iniciativa económica, pelo que pode, para garantia desta, limitar-se o primeiro.

No processo n.º 350/08.8TYLSB, decidiu o Tribunal de Comércio que «o direito ao silêncio consignado no Processo Penal não tem a amplitude pretendida pela arguida, mas tão só a constante do art. 61.º, n.º 1, al. c), ou seja, o arguido goza do direito de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe são imputados, pelo que a notificação para juntar documentos não colide com tal direito ao silêncio. Acresce que a prova obtida mediante notificação da arguida para juntar documento, sob pena de contra-ordenação e subsequente coima, é legalmente admissível, por tal constar expressamente dos artigos 17.º, n.º 1, al. a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei 18/2003, daí que também não possa considerar como nula».

III. APRECIÇÃO CRÍTICA

Os critérios de decisão adoptados pelo Tribunal de Comércio suscitam, de imediato, diversas questões cuja discussão é premente e que cabe aqui elencar, apontando, ainda que de forma breve e necessariamente não exaustiva, possíveis caminhos de solução.

Quanto à decisão do Tribunal de Comércio no processo n.º 350/08.8TYLSB, é uma decisão isolada, contraditória com as restantes decisões *supra* recenseadas.

Poderá, todavia, conjecturar-se se, por ser a mais recente, não evidenciará porventura uma nova corrente jurisprudencial.

Num primeiro e breve comentário crítico a esta decisão, dir-se-ia que o direito consagrado no art. 61.º, n.º 1, al. d), do CPP, deve ser interpretado em conformidade com a sua natureza de corporização do princípio constitucional que proscree a auto-incriminação coerciva.

²³ E no TCE (art. 3.º, n.º 1, al. g), e 4.º, n.º 1).

Como tal, o seu conteúdo não pode reduzir-se ao sentido meramente literal do preceito, como preconiza o Tribunal de Comércio nesta decisão.

Mais, mesmo decidindo desta forma, o Tribunal deveria ter apreciado a legitimidade do estabelecimento dos deveres de cooperação na LdC face à Constituição da República Portuguesa, à semelhança, aliás, da análise a que procedeu nos restantes casos aqui mencionados.

Relativamente a estes, há que escrutinar se a doutrina do Tribunal de Justiça adoptada pelo Tribunal de Comércio, como ambos os tribunais afirmam, é efectivamente conforme à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na interpretação que lhe é conferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Pode avançar-se, desde logo, que na nossa leitura a entrega de “documentos preexistentes” e a resposta a pedidos de informação “puramente factuais” não se enquadram, de forma alguma, na delimitação negativa do direito à auto-incriminação constante do acórdão *Saunders*.

É que no acórdão *Saunders* apenas se considera que o direito à não auto-incriminação «*não abrange a utilização num processo penal de dados que podem ser obtidos do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, mas que existem independentemente da sua vontade, por exemplo os documentos apreendidos mediante um mandado*²⁴, *as recolhas de hálito, de sangue e de urina, assim como de tecidos corporais tendo em vista uma análise de ADN*».

Acresce que o TEDH considerou já que a entrega de documentos está abrangida pelo direito à não auto-incriminação, como reconhece o próprio Tribunal de Comércio ao referenciar o acórdão *J.B. c. Suíça*²⁵.

Neste caso, haviam sido solicitados ao visado, no âmbito de um processo de inspecção fiscal para liquidação da quantia devida a título de imposto, todos os documentos relativos a empresas nas quais tivesse investido, os quais não foram fornecidos por J.B., a quem foram impostas diversas coimas.

O Tribunal considerou que, embora aparentasse que as autoridades estavam a tentar compelir J.B. a fornecer informações apenas para efeitos de cálculo de imposto, este não poderia excluir a possibilidade de, no caso de transparecerem daqueles documentos rendimentos não taxados, ser acusado de evasão fiscal.

24 No original “*documents acquired pursuant to a warrant*” e “*documents recueillis en vertu d’un mandat*”.

25 Acórdão *J.B. c. Suíça*, de 3 de Maio de 2001, <http://www.echr.coe.int/echr>. Para a descrição sumária do acórdão, cf. Costa Ramos, 2007: 148-149.

Logo, estaria patente uma violação do direito à não auto-incriminação.

De notar que, no âmbito deste julgamento, o TEDH analisa os documentos solicitados face aos critérios de delimitação negativa do direito ao silêncio enunciados no acórdão *Saunders*, concluindo que, ao contrário da obrigação de instalar um tacógrafo nos camiões ou de se submeter a uma análise de sangue ou urina, exemplos de obrigações permitidas, o caso em questão não envolve a obrigação de providenciar materiais da natureza dos referidos no acórdão *Saunders*.

Isto é: os documentos sobre os investimentos levados a cabo pelo investigado não têm a natureza de dados que “*existam independentemente da pessoa obrigada e que, por isso, não são obtidos por meios coercivos e em violação da vontade dessa pessoa*”.

Sem dificuldade se concluirá que os elementos solicitados eram documentos preexistentes e elementos “puramente factuais” e que, não obstante essa natureza puramente factual, os mesmos não se enquadram no universo de elementos referidos pelo TEDH no acórdão *Saunders* como não abrangidos pelo direito ao silêncio.

Tal posição foi confirmada no já citado aresto *J.B. c. Suíça*, mas decorre também do próprio acórdão *Funke c. França*²⁶ e de acórdãos mais recentes, v.g. *Marttinen c. Finlândia*²⁷.

O critério do TEDH parece, em grande medida, passar pela circunstância de determinar se a obtenção dos elementos em causa tem lugar contra a *vontade* do acusado²⁸.

Não obstante as dificuldades que o critério suscita, não há dúvidas que a obtenção de elementos documentais, ainda que preexistentes, ou de informações “puramente factuais” sob ameaça de sanção tem lugar contra a vontade do visado.

Trata-se de elementos que, não fora o concurso da vontade do visado, não seriam incluídos no processo.

26 Acórdão *Funke c. França*, de 25 de Fevereiro de 1993, <http://www.echr.coe.int/echr>. Cf. descrição sumária do acórdão em Costa Ramos, 2007: 142-143.

27 Acórdão *Marttinen c. Finlândia*, de 21 de Julho de 2009, <http://www.echr.coe.int/echr>.

28 V.g. acórdão *O'Halloran and Francis c. Reino Unido*, de 29 de Junho de 2007, <http://www.echr.coe.int/echr>, ponto 47, com referência ao acórdão *Saunders*. O critério é de difícil concretização, mas parece incluir no conjunto dos elementos cuja obtenção é interdita todos aqueles cuja entrega consubstancia situação na qual, estivera o visado inconsciente (logo, sem possibilidade de agir voluntariamente), não seria possível obter os elementos pretendidos.

Deve ainda acrescentar-se que restringir o direito à não auto-incriminação a perguntas ou pedidos que impliquem a admissão da infracção e que não sejam puramente factuais ou a documentos não preexistentes, equivale, com rigor, a afirmar que apenas fica interdito perguntar directamente ao visado se “cometeu a infracção” ou se “tinha consciência de que estava a restringir a concorrência”.

Forçoso será ainda concluir que a obrigação de entrega de elementos documentais preexistentes e de informações puramente factuais que, isoladamente, não consubstanciam uma *confissão*, conduzirá, sempre, prova após prova, à obtenção da totalidade da prova da infracção à custa da colaboração do visado, através da conjugação dos elementos por si remetidos ao processo.

Assim, com legitimidade se questionará: será tal restrição admissível?

Ou, ao contrário do que defende o Tribunal de Comércio, aniquila a essência do próprio direito à auto-incriminação?

O TEDH, na análise desta questão – saber se um determinado processo extinguiu a essência da prerrogativa contra a auto-incriminação – considera vários aspectos, tais como, a “*natureza e grau de compulsão*”, a existência de “*garantias relevantes no processo*” e a “*utilização dada ao material obtido*”²⁹.

No caso dos procedimentos sancionatórios de concorrência, constata-se que existe compulsão de natureza directa ou imediata, através da ameaça com sanção pecuniária que pode ir até 1% do volume anual de negócios da empresa no ano transacto.

Tal sanção, não é, de todo, irrelevante.

Mais a mais, ainda no que concerne ao grau de compulsão, o dever de cooperação estabelecido na LdC permite à AdC ordenar a entrega de “*todas as informações*” e “*todos os documentos*”, bem como inquirir todas as pessoas cujas declarações considere pertinentes para desempenhar as suas funções de supervisão ou de sanção das condutas anti-concorrenciais (arts. 8.º e 17.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), da LdC)³⁰.

Relativamente às garantias dadas no processo, tanto o TJ como o Tribunal de Comércio de Lisboa dão relevância à possibilidade de contradizer o significado de documentos ou elementos “puramente factuais” *a posteriori*, no exercício do contraditório durante o processo administrativo e em sede de impugnação judicial.

29 Acórdão *Jalloh*, de 11 de Julho de 2006, ponto 101, <http://www.echr.coe.int/echr>.

30 Abrangência semelhante à dos elementos pedidos nos casos *Funke* e *J.B.* – cf. acórdão *Jalloh*, ponto 58.

No que concerne a este argumento, por um lado, há que salientar que a possibilidade de o visado demonstrar o contrário é um argumento vazio de conteúdo.

Após fornecer os ditos elementos *puramente factuais*, que terão precisamente a característica de ter um só significado, de nada adiantará ao visado tentar dar-lhes outra interpretação, tendo, pois, inevitavelmente, contribuído para a sua auto-incriminação.

A garantia de uma defesa efectiva com recurso ao contraditório fica precludida na sua génese, não podendo o respeito formal pelo contraditório obviar a esta evidência.

Por outro lado, o visado não tem possibilidade de negar o fornecimento daqueles documentos ou elementos sem que tal recusa consubstancie a prática de uma contra-ordenação, tratando-se de uma infracção de aplicação quase automática.

Finalmente, não tendo a empresa visada acesso ao processo sancionatório na fase de investigação e sendo-lhe pedidos, em várias ocasiões, elementos documentais dispersos, aumenta o risco de admissão involuntária da prática de factos punidos como contra-ordenação sem correspondência com a realidade.

Acrescendo a estes factores, a circunstância de a AdC utilizar os elementos fornecidos para formar a sua convicção nas decisões de condenação (como se pode constatar pelo texto dos acórdãos) contribui também para concluir que estamos perante situações em que a essência (ou o núcleo essencial, na expressão do Tribunal de Comércio de Lisboa) do direito à não auto-incriminação é afectada, porquanto o efeito da coerção utilizada é equivalente à imposição da prestação de declarações forçadas no processo.

Admitir outra solução seria o mesmo que admitir que um arguido em processo penal não é obrigado a responder a perguntas que impliquem a confissão dos factos, mas tem que responder a perguntas puramente factuais, tais como “*onde se encontrava no dia dos factos?*”, ou “*qual é o seu automóvel?*”, ou ainda “*qual é o seu número de telefone?*” – todas elas perguntas que o jurista atento, sem dificuldade de maior, consideraria serem auto-incriminatórias.

O critério defendido pelo TJ e pelo Tribunal de Comércio, ao contrário do defendido por estes tribunais, parece, pois, precisamente contrário à noção de *fair trial* contida no art. 6.º, n.º 1, da CEDH.

Tendo em conta que o *nemo tenetur* é, no seu fundamento, um princípio inerente às garantias de defesa do arguido num processo justo e equitativo

– conformado constitucionalmente na nossa ordem jurídica segundo uma estrutura acusatória, segundo a qual o visado é sujeito (que não objecto) do processo, gozando da presunção da inocência e podendo determinar livremente a sua contribuição para o processo, e na qual cabe ao Estado, através da entidade acusadora, provar a prática do crime – não pode admitir-se que o visado seja obrigado a fornecer, ele próprio, coercivamente, a prova da infracção, mesmo garantindo-se o posterior exercício dos seus direitos de defesa, tais como o contraditório ou o direito ao recurso, porquanto aquela obrigação importa já, ela mesma, uma afectação do *fair trial*, por desrespeitar uma sua garantia fundamental que assegura o respeito pela liberdade e dignidade dos visados. Só um processo que respeite a liberdade do indivíduo visado quanto à sua contribuição para o estabelecimento da prova da infracção e a sua dignidade pode ser considerado justo e equitativo e, como tal, conforme à nossa Lei Fundamental (arts. 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1, da CRP) e à CEDH (art. 6.º, n.º 1).

Os argumentos até aqui expendidos, salvo melhor opinião, excluem, só por si, a viabilidade da argumentação defendida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa.

Porém, não prescindiremos de tecer ainda alguns comentários – ainda que breves e a carecer de mais profunda reflexão – relativamente aos restantes fundamentos aduzidos nas decisões *supra* citadas.

Uma das pedras angulares da decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa, sustentada na posição do Tribunal Constitucional e de reputada doutrina, é constituída pela diferenciada natureza dos ilícitos criminais e contra-ordenacionais, a justificar ou permitir, no caso dos procedimentos sancionatórios da concorrência, que se confira uma diferente extensão ao *nemo tenetur* num e noutro caso.

Em primeiro lugar, há que salientar que tal diferença de natureza se tem esbatido, assistindo-se a uma progressiva aproximação dos dois ilícitos³¹ e à deslocação do acento tónico da sua diferenciação de um ponto de vista qualitativo (a diferente ressonância ética) para um ponto de vista meramente quantitativo (de gradação do ilícito)³².

31 Neste sentido, *v.g.* Reis Silva, 2009: 101; Costa Pinto, 1998: 216 ss.. Esbatimento que conduz, por exemplo, à admissão de sucessão de leis entre leis penais e contra-ordenacionais, como defende Figueiredo Dias, 2007: 200-201. Contra, Taipa de Carvalho, 2007: 144 ss e 150 ss.

32 Sobre a matéria, cf. Lobo Moutinho, 2008: 43 ss.

Em segundo lugar, uma abordagem comparativa das consequências jurídicas da prática por uma empresa, pessoa colectiva ou singular, de uma infracção penal e de uma infracção às normas da concorrência levar-nos-á a concluir que tais consequências têm natureza semelhante, sendo até as sanções contra-ordenacionais, por vezes, mais graves.

Vejamos, a título de exemplo, o crime de burla cometida por pessoa colectiva (arts. 11.º, n.º 2, e 217.º do CP). A pena de multa aplicável neste caso situa-se entre os 10 e 360 dias (arts. 41.º, n.º 1, 90.º-B, n.º 1 e 2, e 217.º, n.º 1, do CP), em quantia entre os €100,00 e os €10.000,00 (mínimo de €1.000,00 e máximo de €3.600.000,00), devendo ser tida em conta a situação económica do condenado (art. 90.º-B, n.º 5, do CP).

As contra-ordenações previstas na LdC não têm um montante fixo determinado, podendo ir até um montante que não exceda 10% do volume de negócios do ano transacto (*v.g.* art. 43.º, n.º 3, al. *a*), da LdC).

Atentando nos exemplos dos acórdãos citados, as coimas aplicadas atingiram valores de €195.000,00³³, €94.050,11³⁴, de €540.000,00 e de €2.500.000,00³⁵, de €360.000,00€ e €1.326.000,00³⁶.

Não se trata, de forma alguma, de valores irrisórios³⁷ – sobretudo se comparados com os previstos no DL 433/82, de 27.10 (coima mínima de €3,74 e coima máxima de €44.891,81).

O próprio TEDH já declarou, aliás, que os processos por infracções às normas da concorrência tinham natureza penal para efeitos da CEDH – cf. caso *Société Stenuit c. França*³⁸.

33 Processo n.º 261/06.1TYLSB. Posteriormente reduzida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa para €130.000,00.

34 Processo n.º 205/06.0TYLSB.

35 Processo n.º 1050/06.9TYLSB.

36 Processo n.º 350/08.8TYLSB.

37 Mais flagrante ainda é a situação no domínio dos valores mobiliários, onde, *v.g.*, para uma pessoa singular, a prática de crime corresponde, por exemplo, a penas de prisão até 5 anos ou multa de 10 a 360 dias, com um mínimo de €50 e um máximo de €180.000,00 (arts. 378.º, n.º 1, e 379.º, n.º 1, do CVM, e 47.º, n.º 1 e 2, do CP) e à prática de uma contra-ordenação prevista na secção I, do capítulo II, do título VIII, são aplicáveis coimas entre €25.000,00 e €5.000.000,00, quando sejam qualificadas como muito graves; entre €12.500,00 e €2.500.000,00, quando sejam qualificadas como graves; entre €2.500,00 e €500.000,00, quando sejam qualificadas como menos graves, podendo ainda ser o limite máximo elevando para o dobro do benefício económico, se este exceder o limite máximo da coima aplicável (art. 388.º, n.º 1 e 2, do CVM).

38 Caso *Société Stenuit c. França*, de 27.02.1992, <http://www.echr.coe.int/echr>. Cf. ainda o Relatório da Comissão, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Société Stenuit, Birou c. France : arrêts du 27

Já o fez, até, para outras sanções de natureza aparentemente administrativa, onde estavam em causa coimas de valores inferiores³⁹.

Sem dificuldade, e sem grande margem para objecções, podemos concluir que no domínio dos procedimentos sancionatórios por infracção à Lei da Concorrência se encontram preenchidos os critérios alternativos⁴⁰ do acórdão *Engel e outros*⁴¹: (i) *classificação pelo direito nacional* (sendo prevalecente a análise das regras substantivas e procedimentais aplicáveis e até a classificação dada por outros Estados àquele tipo de infracção); (ii) *natureza da infracção* (sanção de carácter geral, com fim simultaneamente punitivo e preventivo (por contraposição a um fim compensatório, de ressarcimento de danos); (iii) *natureza e severidade da punição*.

Se era possível defender a diferenciação, para efeitos de maior limitação das garantias de defesa, entre o ilícito criminal e os primeiros ilícitos contra-ordenacionais, que puniam condutas simples e previam a aplicação de coimas de reduzido valor, já o mesmo não sucede face à actual complexidade subjacente às infracções previstas nas múltiplas leis e decretos-lei contra-ordenacionais e ao processo conducente à aplicação das coimas aí previstas.

E não o é também possível em virtude da severidade das sanções aplicáveis em processo contra-ordenacional, que, em regra, se encontram nas dezenas ou centenas de milhar de euros, mas que podem mesmo atingir os milhões de euros, podendo, pois, ser tão (ou mais) graves do que as penas criminais aplicáveis às pessoas colectivas.

Um outro segmento da argumentação do Tribunal de Comércio nos suscita as maiores interrogações – a justificação da admissibilidade da restrição do âmbito de validade do *nemo tenetur* nos processos sancionatórios de concorrência com base na ponderação entre aquele princípio e o princípio de defesa da concorrência.

Através de uma elaborada construção teórica, o Tribunal de Comércio afirma que a defesa da concorrência, atribuída ao Estado a nível constitucio-

février 1992 ; Affaire B. vs. France : décision du 28 juin 1991: arrêt du 25 mars 1992, Strasbourg, 1992, p. 9 ss. Esta decisão é citada em inúmeros acórdãos posteriores.

39 Cf. acórdão *Öztürk vs. Alemanha*, de 21.02.1984.

40 Acórdão *Lutz* de 25 de Agosto de 1987, <http://www.echr.coe.int/echr>.

41 Acórdão *Engel e outros*, de 30 de Abril de 1976, <http://www.echr.coe.int/echr>; cf. também Lafarge, 1996: 273 ss. e Barreto, 1999: 129 ss. Aliás, o mesmo se poderá dizer relativamente às infracções do Direito comunitário da concorrência e aos processos respectivos, a nível comunitário – *v.g.*, pela actualidade, Slater, Thomas & Waelbroeck, 2008.

nal (art. 81.º, n.º 1, al. f), da CRP) é instrumental da liberdade de iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1, da CRP), direito fundamental de natureza económica, de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias fundamentais, sendo garantia desta.

A natureza de garantia da livre iniciativa privada justifica, do ponto de vista do Tribunal, a possibilidade de ponderação com o *nemo tenetur*, visto pelo tribunal como garantia da liberdade e segurança – com a natureza de direito, liberdade e garantia fundamental.

Tão rebuscada construção teórica levanta vários óbices.

Em primeiro lugar, através de tal construção pretende substituir-se artificialmente uma ponderação entre uma tarefa fundamental do Estado consagrada constitucionalmente no art. 81.º, n.º 1, al. f), da CRP, e um direito ou garantia de natureza fundamental consagrado no art. 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1 e 2, da CRP – o *nemo tenetur* – por uma ponderação entre este e um direito fundamental económico de natureza análoga.

Ou seja, substituir uma ponderação em que existe um princípio prevalecente ou de valor superior por outra em que ambos são aparentemente valorados constitucionalmente de igual forma.

Com efeito, a doutrina nacional tem acolhido a concepção de Dworkin e de Alexy segundo a qual a natureza dos princípios é a colisão com outros, colisão que deve ser dirimida através de compatibilização ou concordância prática com vista à aplicação de todos os princípios colidentes, harmonizando-os no caso concreto⁴².

Segundo esta doutrina, quando um princípio, direito ou garantia, é superior a outro de acordo com critérios de relevância constitucional e não é possível na situação concreta salvaguardar alguns aspectos do princípio inferior, nesse caso, é permitido o sacrifício deste último⁴³.

Ora, no caso do *nemo tenetur*, a construção teórica defendida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa conduz à sustentação de uma posição segundo a qual, em bom rigor, é afectado o núcleo essencial de um direito com a natureza de direito, liberdade e garantia com fundamento na ponderação deste face

42 Sobre o tema, cf. Vieira de Andrade, 2004: 320 ss.; Gomes Canotilho, 2003: 1182 ss.

43 Neste sentido, v. Vieira de Andrade, 2004: 326 ss., referindo-se ao princípio da prevalência do interesse superior; Reis Novais, (2006: 49 ss.), acentuando a importância de uma «reserva geral de ponderação».

a uma tarefa constitucionalmente cometida ao Estado português – o que é claramente inadmissível, por ser o primeiro de valor superior⁴⁴.

Acresce ainda que, mesmo considerando admissível a ponderação entre defesa da concorrência e *nemo tenetur*, sempre teria de se comprovar que a restrição deste princípio é proporcional, adequada e necessária, nos termos do disposto no art. 18.º, n.º 2, da CRP.

No que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, o que acabamos de expor evidencia desde logo uma tomada de posição clara e inequívoca pela desproporcionalidade da restrição – grave e afectadora do núcleo essencial do direito – face à finalidade prosseguida, a defesa da concorrência.

Relativamente à adequação, aparentemente – pelo menos na posição defendida pela AdC – a imposição de deveres de cooperação em detrimento do *nemo tenetur* é eficaz na prossecução da finalidade de defesa da concorrência.

Finalmente, no que se refere à necessidade da restrição em causa, temos grandes dúvidas de que seja efectivamente necessária a restrição do direito à não auto-incriminação para garantir a livre iniciativa económica através da defesa da concorrência.

Por um lado, a AdC tem poderes que lhe permitem «*proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova*» e «*proceder à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem ou sejam susceptíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior*» (art. 17.º, n.º 1, als. *c*) e *d*), e n.º 2), da LdC).

Por outro lado, a AdC dispõe também de um instrumento não menosprezável para a eficácia na defesa da concorrência que é constituído pelo regime de clemência instituído pela Lei n.º 39/2006, de 25.08, e que terá certamente grande influência na decisão de adopção de uma conduta de colaboração voluntária das empresas na investigação de infracções às normas da concorrência.

44 Sem referir, sequer, que o TEDH, até ao acórdão *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* de forma perfeitamente veemente e consistente, defende a inadmissibilidade de restrições ao *nemo tenetur* justificadas pela necessidade de garantir a eficácia da prossecução penal *qua tale*.

Em jeito de conclusão, dir-se-á que é compreensível a necessidade do estabelecimento de deveres de cooperação dirigidos aos agentes económicos actuantes no mercado, por forma a garantir a viabilidade da supervisão ou controlo da actuação daqueles agentes.

A sua consagração não contende *per se* com o *nemo tenetur*.

O mesmo já não poderá dizer-se relativamente à imposição desses deveres a uma pessoa singular ou colectiva visada num processo contra-ordenacional ou sobre a qual, durante um processo administrativo, recai a suspeita da prática de infracção contra-ordenacional ou criminal.

Como tivemos oportunidade de expor em outro lugar⁴⁵, os deveres de cooperação devem ceder a partir do momento em que o seu cumprimento revista para o destinatário um significado auto-incriminatório.

Poderá objectar-se que a disciplina legal das actividades supervisora e sancionatória não permite traçar a fronteira entre o processo meramente administrativo e o processo sancionatório. Porém, tal impossibilidade não pode (nem tem que, forçosamente) conduzir à aniquilação prática do *nemo tenetur*.

Como solucionar esta questão de forma satisfatória⁴⁶?

A partir do momento em que surja a suspeita da comissão de uma infracção relativamente a um determinado agente e a AdC peça informações, documentos ou outros elementos relacionados com a investigação em curso, deve comunicar-lhe, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 58.º do CPP⁴⁷, que, a partir daquele momento, fica constituído como arguido num processo de natureza contra-ordenacional.

45 Cf. Silva Dias & Costa Ramos, 2009.

46 Adopta-se aqui solução já defendida, para o processo contra-ordenacional em geral, nomeadamente nos domínios fiscal, dos valores mobiliários e da concorrência, em Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 51 ss. e 74 ss.

47 Aplicável subsidiariamente por via dos arts. 19.º e 22.º, n.º 1, da LdC e do n.º 1 do art. 41.º do RGCO. A designação de arguido surge em vários preceitos da LdC. Não prevendo, nem estes diplomas, nem o RGCO, regras concretas para a constituição de arguido, impõe-se, aqui, a aplicação subsidiária das regras do processo penal. Contra, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Abril de 1999, com sumário em www.dgsi.pt; Moura e Silva, 2008: 174 e ss. Embora seja admissível a não obrigatoriedade da constituição e o interrogatório de arguido em processo contra-ordenacional, em momento anterior à comunicação da nota de ilicitude (como é exigido em processo penal, para dedução da acusação), tal não significa que a constituição de arguido não possa ter lugar antes dessa comunicação, facto que deverá acontecer obrigatoriamente se for dado conhecimento ao sujeito da existência do procedimento e lhe for pedido qualquer tipo de colaboração.

Tal qualidade implica a assunção de direitos e deveres (arts. 60.º e 61.º do CPP), nomeadamente do direito à não auto-incriminação⁴⁸.

Direito que deve ser entendido como abrangendo, não só as declarações verbais (ou gestuais), integrantes do direito ao silêncio, mas também outras formas de cooperação, designadamente a entrega de documentos – porventura a forma de cooperação mais relevante no domínio da concorrência⁴⁹.

Não sendo o visado constituído arguido, apenas poderá recusar a entrega dos elementos solicitados se requerer, simultaneamente, a sua constituição como tal, nos termos do n.º 2 do art. 59.º do CPP⁵⁰.

Dir-se-á, porventura, que tal entendimento torna obsoleto o regime de supervisão.

Existem, porém, em nossa opinião, duas ordens de razões pelas quais isso não sucederá: por um lado porque, como vimos, a AdC detém prerrogativas de exercício de poderes coercivos suficientes para realizar buscas, revistas e apreensões das informações e elementos documentais em causa; por outro lado, porque a constituição de arguido, mesmo por iniciativa do próprio visado, não é acto desprovido de consequências, tornando-se a pessoa alvo de um processo penal ou sancionatório, com todos os incómodos e restrições que daí resultam.

Cabe, pois, ao próprio visado ponderar se prefere colaborar, ou não, com a autoridade de supervisão. Decisão na qual certamente pesará a possibilidade de beneficiar de soluções de oportunidade cuja aplicabilidade depende em larga medida da colaboração, como o instituto da «clemência» consagrado na Lei n.º 39/2006, de 25.08.

Permanecerão, desta forma, acautelados os fins prosseguidos pela supervisão no domínio das normas concorrenciais, designadamente os constantes

48 Uma vez afastada a conformidade constitucional dos deveres de cooperação estabelecidos na LdC, quando estes consubstanciem obrigação de auto-incriminação coerciva para os visados, com a consequente derrogação dos mesmos, surge espaço para a aplicação subsidiária do RGCO e, consequentemente, do CPP.

49 Neste sentido, Sousa Mendes, 2009a: 217 ss. Em sentido mais restrito, admitindo apenas um direito a não prestar declarações, Costa Pinto, 1999: 11. No mesmo sentido, Moura e Silva (2008: 169), fundamentando, porém, tal direito, não na aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, mas sim no direito comunitário da concorrência e na jurisprudência que o aplica (*v.g.*, o caso *Orkem*) e ainda num princípio da igualdade de tratamento das entidades supervisionadas perante o direito nacional e comunitário da concorrência. Não podemos subscrever esta posição porque ela ignora a natureza de direito fundamental do *nemo tenetur*, que o art. 18.º da CRP torna directamente aplicável, independentemente do regime de aplicação do direito subsidiário da LdC.

50 Neste sentido, Sousa Mendes, 2009a: 217.

da al. f) do art. 81.º da CRP, bem como o *nemo tenetur*, direito fundamental constitucionalmente consagrado.

Num quadro em que processos administrativos e punitivos estão interligados e em que a investigação e decisão cabe à mesma entidade pública, só esta solução permite aliviar a tensão entre o interesse público tutelado pelos deveres de cooperação e o direito individual, garantindo a ambos o seu espaço próprio de realização⁵¹.

Deve deixar-se aqui sublinhado que a entrega voluntária de elementos por parte das pessoas visadas terá como consequência a admissibilidade da sua utilização como prova em processo contra-ordenacional ou mesmo penal.

Utilização que tem, contudo, como pressuposto a comunicação aos visados do direito de recusar a colaboração, sempre que da mesma decorra a revelação de factos auto-incriminatórios, sob pena de os elementos probatórios fornecidos não poderem ser valorados⁵².

Essa comunicação antecipada decorre do direito fundamental de cada cidadão a não contribuir para a sua incriminação e equivale à comunicação que deve ser feita à testemunha em processo penal (art. 132.º, n.º 2, do CPP).

A antecipação da comunicação da qualidade de arguido e dos direitos (e deveres) que lhe são inerentes justifica-se pela contaminação inevitável entre os processos de inspeção e de inquérito contra-ordenacional, da qual emerge o risco também antecipado de auto-incriminação.

Muito embora a imposição da constituição de arguido e da comunicação antecipada dos direitos relacionados com a recusa de colaboração em processo contra-ordenacional decorra já do quadro legal presente, reitera-se a conve-

51 Outra solução seria, porventura, a separação hermética do processo administrativo e do processo sancionatório, com a criação de designadas *chinese walls*, valendo os deveres de cooperação plenamente no processo administrativo, mas não podendo os elementos fornecidos em obediência a esse dever pelos visados transitar para o processo sancionatório.

52 Art. 58.º, n.º 5, do CPP, aplicável subsidiariamente nos termos dos arts. 19.º e 22.º, n.º 1, da LdC, e art. 41.º, n.º 1, do RGCO. Como sugerido em Silva Dias & Costa Ramos, (2009: 77, nota 135): «*tal comunicação poderá ter uma fórmula semelhante àquela conhecida por Miranda Warning no direito norte-americano (sobre este, v. EARL WARREN, SJ 12 (1998), p. 103 e ss.), por exemplo: "Fica, por este meio, notificado, nos termos dos artigos..., que deve fornecer os seguintes elementos: ..., sob pena de punição a título de ... A obrigação de entrega cessa se da mesma decorrer a revelação de qualquer facto passível de punição como crime ou contra-ordenação, devendo, neste caso, ser requerida a constituição de arguido, que dará lugar à instauração do competente procedimento. Fica ainda informado de que, procedendo à entrega dos elementos solicitados, poderão estes ser utilizados contra si em processo de natureza contra-ordenacional ou penal"*».

niência de clarificação legislativa, tendo em conta a controvérsia doutrinária e a jurisprudência dos nossos tribunais, até à data escassa, mas contraditória⁵³.

BIBLIOGRAFIA

ADÉRITO TEIXEIRA, Carlos

2008 “A pessoa colectiva como sujeito processual – ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal”, in *Revista do CEJ*, 8, pp. 99-166.

ANTUNES, Maria João

1992 “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, in *Sub Judice. Justiça e Sociedade*, 4, pp. 25-26.

BARRETO, Ireneu Cabral

1999 *A convenção europeia dos direitos do homem*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1992 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda da

1998 “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-274.

1999 *A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários*, disponível em: http://www.fep.up.pt/disciplinas/pgaf924/PGAF/Supervis%C3%A3o_costa_pinto.pdf [consultado em: 02-12-2009].

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.

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.

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.

⁵³ Defendendo já a necessidade de clarificação legislativa, Silva Dias & Costa Ramos, Vânia, 2009: 77-78.

n.º 6057/08-5, 5.ª Secção”, in *Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, Ano I – Edição Dupla – n.º 2 e 3, Março/Abril e Maio/Junho, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Institutos/InstitutoDoDireitoPenaleCienciasCriminais/Publicacoes.aspx> [consultado em: 02-12-2009].

DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel

2001 *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

1974 *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

2007 *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora

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.

GOMES CANOTILHO, Joaquim

2003 *Direito Constitucional*, 7.ª Ed., Coimbra: Almedina.

LAFARGE, Philippe,

1996 “The fair trial guarantees”, in Delmas-Marty, Mireille (org.), *What Kind of criminal policy for Europe?*, Den Haag: Kluwer Law International, pp. 271-274.

LOBO MOUTINHO, José

2008 *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, 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.

REIS NOVAIS, Jorge,

2006 *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, 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-ordenacional”, in *Julgar*, 8, pp. 101-117.

ROGALL, Klaus

1977 “Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst: ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur se ipsum prodere“, in *Strafprozeß*, 1.^a Ed., Berlin: Duncker und Humblot.

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.

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.

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 (coord), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.

2009b “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, in *Julgar*, 9, pp. 11-27.

SLATER, Donald, THOMAS, Sébastien & WAELEBROECK, Denis,

2008 *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, disponível em: <http://www.coleurop.be/file/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf>, pp. 4-26 [consultado em: 02-12-2009].

VIEIRA DE ANDRADE, José

2004 *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.^a Ed., Coimbra: Almedina.

TAIPA DE CARVALHO, Américo

2007 *Sucessão de leis penais*, 3.^a Ed., Coimbra: Coimbra Editora.