



Exmo(a) Senhor(a)

Av. de Berna, N.º 19 - Lisboa
1050-037 Lisboa

71/18.3YUSTR-F

Processo: 71/18.3YUSTR-F	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 216648 Data: 20-11-2018
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Super Bock Bebidas, S.A.		

Notificação

Assunto: Sentença

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo da sentença proferida nos autos acima indicados com a ref^a 215973, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja – art.º 113º do C. P. Penal).

O/A Escrivão Auxiliar,

Carolina Barreiro



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

215973

CONCLUSÃO - 12-11-2018

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Hélder Roseiro)

=CLS=

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO

I.RELATÓRIO.

1. Por decisão interlocutória de **31 de Julho de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1861)**, proferida no processo de contra-ordenação PRC2016/4, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu o requerimento da visada **Super Bock Bebidas, S.A.** de 27.07.2018, o qual arguiu a nulidade do Ofício AdC/2018/1731 que determinou a junção aos autos dos elementos solicitados no mesmo Ofício.

2. **Nos presentes autos**, a visada, aqui recorrente, **Super Bock Bebidas, S.A.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão interlocutória de **31 de Julho de 2018 da AdC**.

3. **Alegou, para o efeito e em síntese, os seguintes fundamentos vertidos nas conclusões do requerimento de recurso:**

a) O presente recurso vem interposto do Ofício com referência S-AdC/2018/1861, datado de 31.07.2018, através do qual a Autoridade se pronunciou sobre o requerimento apresentado pela Recorrente em 27.07.2018, no âmbito do processo PRC/2016/4;

b) Conforme indicação da Recorrida, o referido processo encontrava-se em segredo de justiça até ser proferida a nota de ilicitude, tendo a Recorrente sido notificada da mesma e que tinha sido levantado o segredo de justiça no passado dia 10/08/2018;

c) No entanto, a verdade é que o presente processo contém inúmeros elementos que consubstanciam segredos comerciais e segredos de negócio da Recorrente, incluindo a sua organização com os distribuidores, fornecedores e clientes, os preços e descontos aplicáveis entre muita outra informação que, caso venha a ser do conhecimento público, poderá causar inúmeros prejuízos à Recorrente e à sua dignidade, colocando mesmos em causa a eficácia da decisão que venha a ser proferida. Assim, considerando o exposto e que alguma da factualidade aqui exposta *(i.)* deve manter-se em segredo, e *(ii.)* existe informação que a própria Recorrente entende não dever ser do conhecimento público, pelos prejuízos que lhe pode causar, e pelas condicionantes que pode gerar no mercado notícia do âmbito dos processos que correm termos na Autoridade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

da Concorrência, requer-se, ao abrigo do disposto no artigo 164.º do Código do Processo Civil (CPC), que não seja dada publicidade ao processo, devendo o presente processo manter-se em sigilo;

d) Em janeiro de 2017, a Recorrida iniciou a realização de buscas e apreensão de documentos em diversas instalações da Recorrente, bem como numa sociedade participada pela mesma;

e) Por ocasião do início das referidas buscas e apreensão de documentos, foi a aqui Recorrente notificada dos elementos processuais e instrumentais inerentes à realização de tais meios de obtenção de prova.

f) As descritas buscas e apreensão de documentos foram realizadas na sequência da abertura do presente processo de contraordenação – PRC/2016/4 –, encontrando-se em fase de instrução;

g) No dia 20 de abril de 2018, foi a Recorrente surpreendida com a existência de uma notificação no âmbito de um outro processo contraordenacional;

h) O novo processo assume a identificação PRC/2017/13 e terá sido também sujeito a segredo de justiça, estando na fase de inquérito;

i) Relativamente aos processos identificados nas alíneas *supra*, desconhece a Recorrente em concreto a que respeitam, sendo que, em relação ao PRC 2017/13, a Recorrente desconhece também a data em que foi instaurado e quais são os indícios constantes do mesmo;

j) Apesar da estrita colaboração que a Recorrente vem manifestando com a Recorrida no desenrolar de todos os processos, o certo é que, no passado dia 20.07.2018, foi notificada através do Ofício S-AdC/2018/1731 para proceder à junção aos autos de diversos elementos (informações e documentos), nomeadamente, o “envio de todos os documentos elaborados pela Super Bock (com a natureza de “instrução corporativa” ou semelhante) que digam respeito à estrutura organizacional da empresa no período compreendido entre 2006 e 2017, incluindo, sem limitar, a IC-003/14-UBP, de 11 de abril e a OS-008/07-UBP de 31 de janeiro de 2007”. Na referida notificação, é a Recorrente expressamente advertida nos termos e para os efeitos do n.º 5 do artigo 31.º da LdC, bem como para a eventual instauração de um novo processo contraordenacional se não proceder de acordo com o princípio da colaboração, nos termos do disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 3 do artigo 69.º, ambos da LdC;

k) A Recorrente tem conhecimento de que tem o dever de colaboração, sendo que tem também, de outro lado, o direito, constitucionalmente previsto, de não se autoincriminar, o qual assume uma importância considerável tendo em conta que a Recorrente desconhece, efetivamente, o que se encontra em investigação, tendo sido notificada para proceder à junção aos autos de diversos elementos do seu foro empresarial, alguns dos quais revestem carácter confidencial e se relacionam, diretamente, com a sua atividade comercial;

l) Ora, por forma a acautelar o seu direito à não autoincriminação (de que goza, efetivamente), a Recorrente apresentou, nas instalações da Recorrida, em 27.07.2018, a resposta ao Pedido de Elementos a que se refere o Ofício *supra* identificado, tendo, para o efeito:

m) Arguido a nulidade do Ofício da AdC que determina a junção aos autos dos elementos solicitados no Ofício AdC/2018/1731, por violação do seu direito à não autoincriminação; e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

n) Junto, em cumprimento integral do Pedido de Elementos e face ao qual não pode a Recorrente recusar-se, os elementos que entendeu violarem o seu direito à não autoincriminação em envelope selado e lacrado, ficando na livre disponibilidade da Autoridade proceder à abertura do mesmo, ou devolvê-lo, não o utilizando, por entender que os elementos fechados dentro do envelope violariam o direito referido, constituindo, desta forma, prova proibida;

o) Nessa sequência, em 31.07.2018, foi a Recorrente notificada da Resposta da Recorrida ao requerimento previamente apresentado no âmbito do processo de contraordenação referido, e que integra o Ofício aqui discutido, no âmbito do qual tomou conhecimento da decisão da Recorrida de abrir o envelope e aceder aos documentos e elementos em causa;

p) Ainda que a Recorrida, não ponha em causa a qualidade processual da Recorrente – já qualificada como *visada* em Ofícios precedentes – a qual lhe permite fazer valer os seus direitos e garantias processuais nos dois mencionados processos contraordenacionais, à semelhança do que sucede com o arguido no âmbito do processo penal, impondo-se uma aplicação remissiva do preceituado pelo Código de Processo Penal (“CPP”) naquilo em que, sem contradições, se refere à posição do Arguido – artigo 57.º do CPP *ex vi* do artigo 41.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro (“RGCO”) *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC,

q) Tendo, necessariamente, a Recorrente legitimidade para avocar para si, e gozar, processualmente, do direito à não autoincriminação;

r) Esta Autoridade apenas parece pôr em causa aquilo que, na convicção da Recorrente, integra a substância do direito à não autoincriminação e lhe dá causa, porquanto afirma que os elementos solicitados no Ofício S-AdC/2018/1731 não consubstanciam a admissão da existência de uma infração, são informações meramente factuais, exemplificam documentos pré-constituídos e não parecem inviabilizar o posterior exercício do contraditório (Pontos 10, 11, 13, 14 e 15 do Ofício com referência S-AdC/2018/1861);

s) Encontrando-se, ainda, privada do exercício de quaisquer garantias processuais no corrente decurso destes processos, porquanto não pode sequer exercer, de forma útil, o seu direito ao contraditório, ou tentar dar a todos estes elementos um significado diferente daquele que poderá ser dado pela Autoridade, e

t) A disponibilização de todos estes elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável, o direito da Recorrente à não autoincriminação porquanto, ao cumprir integralmente este Pedido de Elementos, a Recorrente poderá estar a ser levada a admitir, de forma não livre e involuntária, o cometimento de uma infração anti concorrencial que, repete-se, não cometeu;

u) Alega esta Autoridade que não é violado o direito à não autoincriminação na medida em que os elementos solicitados respeitam a “informações pré-existent” e que “*respeitam a informações meramente factuais*” face às quais “*a empresa poderá sempre (...) sustentar que os documentos apresentados têm um significado diferente daquele que foi dado*”;

v) Ora, primeiramente, é manifesto que o fornecimento dos elementos solicitados no Ofício S-AdC/2018/1731 (que constam do Anexo 1) – referentes a hiatos temporais muito alargados (entre 2006 e 2017), foi claramente imposto à Recorrente;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

w) Em segundo, dúvidas não subsistem de que se poderá, facilmente, observar o elemento de coercibilidade, visto a não colaboração da Recorrente com o Pedido de Elemento desta Autoridade ser punível com coima até 1% do volume de negócios da mesma no ano anterior (veja-se o Acórdão do TJUE, Processos Apensos C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P a C-252/99P e C-254/99P, *PVC II-Limburgse Vynil*, de 15.10.2002);

x) Por outro lado, os elementos solicitados pela Autoridade não são documentos pré-constituídos, na medida em que com a junção dos mesmos, a Recorrente, para dar cumprimento ao Ofício, teve obrigatoriamente que explicar como funcionam as suas estruturas e como são emitidos os documentos em causa, para, repete-se, dar cumprimento ao mencionado pedido de elementos apresentado,

y) Tais elementos e documentos não estavam elaborados, tendo a Recorrente sido obrigada a efetuar análises e estudos por forma a elaborar os mesmos;

z) Tendo sido obrigada a encontrar quem lhe assegurasse tal serviço de obtenção das informações necessárias que lhe permitissem dar cumprimento ao pedido de elementos;

aa) Importa ainda referir que, e em boa verdade, o posterior exercício do contraditório relativamente ao conteúdo de todos os elementos fornecidos estará, desde logo, francamente inviabilizado, na medida em que, no momento em que for dado à Recorrente o direito de se pronunciar sobre os mesmos, já a Recorrida terá formado o seu juízo de valor e convicção sobre os mesmos;

bb) Aqui chegados, é manifesto o potencial significado incriminatório que pode advir da junção destes elementos - e posterior interpretação pela Recorrida - para que os mesmos assumam "*carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos de empresas suscetíveis de as responsabilizar*" (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo 374/87, *Orkem*, de 18.10.1989).

cc) É que os elementos solicitados por esta Autoridade no Anexo I do Ofício S-AdC/2018/1731, não podem ser percebidos de forma descontextualizada ou descaracterizada, sob pena de poderem levar a Recorrida a tirar conclusões que não correspondem à verdade;

dd) Ainda relativamente aos referidos elementos, a Recorrida está a solicitar à Recorrente que exponha o seu passado num enorme hiato temporal e prepare um documento com uma série de informações não públicas para que depois, pasme-se, a Recorrida eventualmente utilize tais informações no sentido de acusar e penalizar a Recorrente e terceiros;

ee) Nessa medida, não pode a Recorrente deixar se interrogar se, ao ter cumprido, sem mais, este Pedido de Elementos, não estará a assumir, implícita e indiretamente, a atividade probatória e um ónus que não lhe cabe;

ff) Na verdade, através de documentos, tais como os solicitados, ou seja, instruções corporativas ou, ainda, ordens de serviço, com elementos caraterísticos da departamentalização e hierarquia da empresa ao longo do período em causa, é possível aceder, compreender e escrutinar as responsabilidades asseguradas por um conjunto de pessoas;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

gg) Por sua vez, cada responsabilidade, cada função e cada gestão de negócio são percebidas e enquadradas em função dos responsáveis pelas equipas;

hh) ... o que equivale a dizer que, ao aceder a planificações macro e micro da estrutura da Requerente, ordens de serviço e instruções corporativas, esta Autoridade acede, com evidência, ao corpo vasto das pessoas singulares que, em dado momento e alguma vez, entre 2006 e 2017, assumiram responsabilidades e/ou funções no Âmbito da esfera da Requerente, nomeadamente no departamento comercial;

ii) Com efeito, caso esta Autoridade procurasse obter informação puramente factual e independente da sua natureza inculpatória ou exculpatória, não solicitaria, em relação ao processo em causa, quer quanto ao seu âmbito material, quer quanto ao seu âmbito temporal, elementos de caracterização cirúrgica;

jj) Aqui chegados, não se impõe outra conclusão senão a de que o Ofício – leia-se, o Ofício pelo qual a AdC solicita elementos à Recorrente, com referência S-AdC/2018/1731- viola o princípio e o direito à não autoincriminação da Recorrente, o que deve ser declarado por este Tribunal;

kk) E, na medida em o mesmo contende, inegavelmente, com tal direito, os elementos anteriormente solicitados por esta Autoridade - e que a Recorrente não teve outra hipótese que não a de os prestar e entregar - não poderão ser utilizados como prova sob pena de constituírem prova proibida nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 2 e do n.º 1 do artigo 126.º e do artigo 125.º do CPP *ex vi* do artigo 41.º do RGCO *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC, e a alínea a) do n.º 2 e do n.º 1 do artigo 126.º e do artigo 125.º do CPP *ex vi* do artigo 41.º do RGCO *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC;

ll) Pelo que o presente recurso deve ser julgado procedente e, em consequência, o despacho recorrido - Ofício com referência S-AdC/2018/1861 – seja declarado inválido e revogado e substituído por outro que declare a nulidade e invalidade do Ofício com referência S-AdC/2018/1731 e da prova junta pela Recorrente no requerimento de 27.07.2018, ordenando-se o seu desentranhamento dos autos e imediata devolução à Recorrente.

4. Terminou, requerendo procedência do recurso interlocutório, e, em consequência, a limitação da publicidade ao processo nos termos do disposto no artigo 164.º do CPC, no sentido de o mesmo se manter em segredo, a declaração da invalidade e revogação do Ofício com referência S-AdC/2018/1861, com substituição por outro que declare a nulidade e invalidade do Ofício com referência S- S-AdC/2018/1731 e da prova junta pela Recorrente no requerimento de 27/07/2018, ordenando-se o seu desentranhamento dos autos e imediata devolução à recorrente. A visada/recorrente juntou ainda prova documental e arrolou prova testemunhal.

5. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos dos artigos 87.º, n.º 2 e 85.º, n.º 1 e 2 do Novo Regime Jurídico da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, com informação de que foi determinado o levantamento do segredo de justiça no PCR2016/04 em virtude da fase de encerramento do inquérito e consequente abertura de instrução.

6. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos dos art.º 85.º, n.º 1 do NRJC.

7. Nos termos e para os efeitos do art.º 85.º, n.º 3 do NRJC, determinou-se a formação de um único processo entre o processo n.º 251/18.1YUSTR (autuação original) e os autos principais, através da criação de apenso (APENSO F).

8. Por ter sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, **foi proferido despacho a admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa proferidas em 31-07-2018, no âmbito do PRC/2016/04**, interposto por **Super Bock Bebidas, S.A.**, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC.

9. Considerando que *“o novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO”* - MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, Lei Da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822; considerando que o **PRC/2016/04** se encontra na fase da instrução com comunicação de nota de ilicitude posterior às decisões impugnadas, apesar da decisão administrativa em causa configurar eventual acto decisório de que possam depender a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC/2016/04; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo aos presentes recursos.**

10. Atento o encerramento da fase do inquérito, com a sequente comunicação da nota de ilicitude e abertura da fase de instrução, **proferido despacho a consignar que não subsistia razão ou fundamento atendível para restrição da natureza pública do processo.**

11. Compulsando os termos da motivação dos recursos e atendendo ao objecto das decisões administrativas em causa – *legalidade/validade das diligências de obtenção de prova documental por preterição do direito à não auto-incriminação*, afigurando-se-nos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, notificou-se a visada/recorrente, o Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância.

12. Regularmente notificada, a visada/recorrente **Super Bock Bebidas, S.A.** veio declarar não se opor à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 08-10-2018, ref.^a 34517), tendo procedido ao pagamento da respectiva taxa de justiça e tendo-se pronunciado sobre a resposta ao recurso apresentada pela AdC.

13. Regularmente notificada, a AdC não veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 08-10-2018, ref.^a 34521).

14. Regularmente notificado, o Ministério Público não veio opor-se à decisão por simples despacho.

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

15. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa da visada/recorrente e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos principais e do apenso F¹, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à tramitação probatória sequente do Ofício S-AdC/2018/1731:

A. A visada/recorrente é uma sociedade comercial que se dedica à fabricação e comercialização de cervejas e outras bebidas, no âmbito da qual distribui e vende as mesmas a diversos revendedores e grossistas.

¹ Documentos de fls. 69 a 306 do apenso C, relativos à *Decisão da AdC de abertura de inquérito* (Doc. 1); à *decisão de sujeição do processo a segredo de justiça* (Doc. 2); à *Nota de Ilicitude do PRC/2016/04* (Doc. 3); à *cópia do ofício S-AdC/2018/1731 – pedido de informações* (Doc. 4); à *cópia do Requerimento apresentado pela Recorrente em 27.07.2018, em que vem arguir a nulidade do pedido de informações da AdC* (Doc. 5); à *cópia do ofício S-AdC/2018/1861 – indeferimento da arguição de nulidades* (Doc. 6); e ao *Termo de abertura e documentação junta pela Recorrente* (Doc. 7).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

B. A AdC instaurou processo de contra-ordenação, sob a referência interna PRC/2016/04 por práticas restritivas da concorrência, em que é visada a sociedade **Super Bock Bebidas, S.A.**

C. No âmbito do PRC/2016/04, a visada/recorrente foi alvo de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC entre os dias 25.01.2017 e 03.02.2017, em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público datado de 20.01.2017.

D. Por ocasião do início das referidas buscas e apreensão de documentos, a visada/recorrente foi notificada dos elementos processuais e instrumentais inerentes à realização de tais meios de obtenção de prova.

E. No dia **20.07.2018**, a visada/recorrente foi notificada através do **Ofício S-AdC/2018/1731** para proceder à junção aos autos, no prazo de 10 dias úteis, de um conjunto de informações e documentos, nomeadamente o envio de todos os *documentos elaborados pela visada/recorrente (com a natureza de "instrução corporativa" ou semelhante) que digam respeito à estrutura organizacional da empresa no período compreendido entre 2006 e 2017, incluindo, sem limitar, a IC-003/14-UBP, de 11 de Abril de 2014 e a OS-008/07-UBP de 31 de Janeiro de 2007.*

F. A visada/recorrente apresentou, nas instalações da AdC, em **27.07.2018**, a resposta ao Pedido de Elementos a que se refere o Ofício supra identificado, tendo, para o efeito, i) arguido a nulidade do Ofício da AdC que determina a junção aos autos dos elementos solicitados no **Ofício AdC/2018/1731**, por violação do seu direito à não autoincriminação; ii) junto os elementos que entendeu violarem o seu direito à não autoincriminação em envelope selado e lacrado, ficando na livre disponibilidade da AdC proceder à abertura do mesmo, ou devolvê-lo, não o utilizando.

G. Em **31.07.2018**, através do **Ofício com referência S-AdC/2018/1861**, a AdC indeferiu o requerimento da visada/recorrente **Super Bock Bebidas, S.A.** de **27.07.2018**, o qual arguiu a nulidade do **Ofício AdC/2018/1731** que determinou a junção aos autos dos elementos solicitados no mesmo Ofício, considerando que a resposta aos pedidos de elementos da AdC não consubstanciava uma violação do seu direito à não autoincriminação mais informando a visada/recorrente que abriu o envelope lacrado e acedeu aos respectivos documentos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

H. Em **09.08.2018** foi adotada uma Nota de ilicitude contra a visada/recorrente no âmbito do PRC/2016/04.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

16. O juiz *deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “*ex vi*” arts.º 4.º, do CPP; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

17. **Impõe o presente recurso de impugnação judicial que se aprecie a seguinte questão:**

- A decisão interlocutória da AdC de 31.07.2018 deve ser declarada inválida por violação do direito da visada/recorrente à não auto-incriminação, constituindo os elementos probatórios obtidos na sequência da notificação do Ofício AdC/2018/1731 prova proibida?

*

18. *Prima facie*, como *passada de chamada* para a argumentação relevante, cumpre recordar que o que está em causa com estes recursos de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a **validade da prova recolhida pela AdC no âmbito de um processo contra-ordenacional ao abrigo dos seus poderes inquisitórios**, prova essa obtida através mediante a advertência prévia determinada no art.º 31.º, n.º 5² do NRJC e mediante a advertência prevista nos artigos 68.º, n.º 1 al. h)³ e 69.º, n.º 3⁴ do mesmo regime.

² A informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela Autoridade da Concorrência.

³ Constitui contraordenação punível com coima: h) A não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios.

⁴ No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a j) do n.º 1 do artigo anterior [68.º, n.º 1], a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 1 /prct. do volume de negócios realizado no exercício



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

19. A seguinte questão decidenda a tratar é saber se a prova junta pela visada/recorrente na resposta ao **Ofício AdC/2018/1731** deve constituir prova proibida por violação do **princípio *nemo tenetur***, tornando inválida a decisão administrativa impugnada que reconheceu a validade daquele ofício probatório e da actuação da AdC no aproveitamento processual da mesma prova.

20. O demais iter processual a relevar para o conhecimento desta questão está devidamente explanado no **ponto 15** desta decisão.

*

21. *“O direito à não auto-incriminação (com as expressões latinas *nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum prodere*) significa, em termos simples, que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar, directa ou indirectamente, sem que dessa ausência de colaboração possa resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade, sendo a principal manifestação deste princípio o direito ao silêncio”* – Estudo de JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, Mestrado Forense 2012/2013, de Março de 2013, *O Direito à Não Autoincriminação e os Deveres de Colaboração com a Administração Tributária*⁵.

22. Este princípio⁶ (procuremos não intervir na discussão sobre a natureza do *nemo tenetur* enquanto princípio, garantia, prerrogativa, privilégio, faculdade ou direito) credita e investe na noção de que **o visado num processo sancionatório tem o direito de, livremente e sem punição ou oneração, recusar colaborar com a acção sancionatória, seja através do mero silêncio ou, mais concretamente, através da recusa na apresentação de meios de prova.**

imediatamente anterior à decisão por cada uma das empresas infradoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.

⁵ Acessível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16443/1/Tesc%20Joana%20Bernardo%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>.

⁶ Sobre a evolução e contexto histórico do princípio, cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, Direito ao Silêncio, e Legalidade da Prova, in Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

23. Esta nossa adesão ao conteúdo do princípio servirá, admonitoriamente, como o critério operativo para o juízo de procedência/improcedência dos recursos interlocutórios.

24. Revisitemos algumas perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais sobre este problema.

25. É certo que tal princípio contra a auto-incriminação do arguido não encontra consagração expressa na Constituição. No entanto, isso não significa que o princípio não tenha natureza constitucional, sendo pacífico o entendimento a que se trata de um princípio constitucional não escrito.

26. *“No que ao direito processual português especificamente concerne, a vigência do princípio, nemo tenetur se ipsum accusare afigura-se-nos unívoca”* - MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de prova em Processo Penal*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 125.

27. O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de reconhecer em diversos acórdãos que é “inquestionável” que o princípio *nemo tenetur* assume consagração constitucional, destacando-se, entre outros, os Acórdãos do TC. n.ºs 695/95, 542/97, 304/2004, 181/2005, 461/2011, 340/2013 e 418/2013, todos disponíveis em tribunalconstitucional.pt.

28. Sobre a ratio desta presença garantística de ordem constitucional, *“reconhecer-se que estes direitos processuais são um meio ou forma de concretizar um determinado direito fundamental não implica que este seja o seu fundamento directo e imediato. Desde logo se aponta que o próprio conceito de dignidade humana recobre de forma mediata toda a matéria penal e processual penal de um Estado de Direito”*, sendo reflexo da essência de um processo penal em que se reconhecem e tutelam as garantias inerentes à qualificação do arguido como um autêntico sujeito processual - FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, Direito ao Silêncio, e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 41.

29. Outra leitura possível é a de enquadrar o direito à não auto-incriminação como um corolário do “*fair trial*”, ou do processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º1 na CEDH, e no artigo 20.º, n.º4 da CRP – neste sentido VÂNIA COSTA RAMOS, *Corpus Juris 2000* -



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Revista do Ministério Público, n.º109, Jan/Mar 2007, pág. 69-72.

30. Sobre o âmbito da validade material do princípio (delimitação do alcance e dos limites) acolhemos aqui a concepção ampla⁷, ao invés de uma concepção restritiva⁸ inerente à mera faculdade de o arguido não prestar declarações.

31. “...esta liberdade analisa-se numa dupla dimensão ou função. Pela positiva, ela abre ao arguido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa. (...) Pela negativa, a liberdade de declaração ganha a estrutura de um autêntico *Abwehrrecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção por meios enganosos ou por coacção de declarações auto-incriminatória” - MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 120-121.

32. Se, na dogmática do processo sancionatório de estrutura acusatória típico dos Estados de Direito, está assente a absoluta inexistência de obrigação de confissão verbal de prática da infracção, surgem, reiteradamente, novas frentes normativas de problematização do princípio do *nemo tenetur*, não raras vezes promovidas pelo Direito Público de natureza não penal⁹.

33. “Já vimos que o direito ao silêncio representa “o núcleo quase absoluto do *nemo tenetur*”, havendo mesmo quem entenda – adotando uma conceção restritiva do princípio - que um se confunde com o outro. De facto, a redacção do artigo 61.º do CPP leva a crer que o direito se restringe aos casos em que o arguido é solicitado a prestar declarações verbais, isto é, que a não autoincriminação estaria arredada quando estivesse em causa a prova obtida por outros meios, como a exibição de documentos. No entanto, a grande maioria da

⁷ Afastando certas posições literalistas de que o direito ao silêncio esgota o tema, sendo um direito de conteúdo declarativo com reflexo normativo no art.º 61.º do C.P.P. e que não abrange o direito à entrega de documentos.

⁸ Cfr. FREDERICO DA COSTA PINTO, Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de Contra-Ordenação” (Parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 95-97, que reconduz o direito ao silêncio apenas ao direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, e o direito a recusar a entrega de elementos no âmbito do dever de se sujeitar a diligências de prova previsto no artigo 61.º, n.º3, al. d) do CPP; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, pág. 183.

⁹ Como exemplo de deveres de cooperação de litigância recorrente, conferir, entre outros, os deveres impostos pela Lei Geral Tributária e pelo Regime Complementar de procedimento de Inspeção Tributária, aprovado pelo DL n.º 413/98, de 31 de Dezembro, pela Lei da Concorrência, n.º 18/2003, de 11 de Junho, e pelo Código dos Valores Mobiliários, além do NRJC aqui analisado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

doutrina tem vindo a reconhecer que o princípio não se restringe ao mero direito ao silêncio, mas abrange o direito de a pessoa não ser obrigada a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade, abarcando as declarações por meio de documentos, da indicação do lugar onde se encontra o meio de prova ou de uma actuação” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit. pág. 17 e 18.

34. Em situações de conflito entre o estatuto do arguido como sujeito processual e a efectivação do direito processual probatório “*não é fácil decidir: quando se está ainda no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou, quando, inversamente, se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva*” - MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 127.

35. No Direito contra-ordenacional, mercê da maior dispersão legiferante dos múltiplos regimes especiais, o problema adquire contornos de tema aberto, discutível e passível de variações normativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

36. **Daí que urja uma consolidação doutrinária e jurisprudencial dos critérios delimitadores do princípio *nemo tenetur*, assumindo-se, desassombrada e frontalmente, que tais garantias podem ser restringidas, limitadas e ultrapassadas.**

37. “...*para que não restem dúvidas sobre a constitucionalidade destas restrições, parece seguro que elas devem obedecer a dois pressupostos: devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade; e devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º2, da CRP*”- FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 45.

38. “...*o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério “all or nothing”, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta*” - AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito À Não-Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 23.

39. “*O nemo tenetur se ipsum accusare, não obstante a sua vigência alargada e tal como todos os outros direitos fundamentais, não é um direito absoluto. Na verdade, justificam-se e impõem-se restrições à sua aplicabilidade, mas apenas e só, se estas*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

respeitarem dois pressupostos: por um lado, devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade (pois estando em causa uma intervenção dos poderes públicos de amplo espectro e restritiva de direitos, a previsão por lei terá sempre que ser uma condição necessária da sua admissibilidade); por outro lado devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º2 da CRP, isto é, deverá haver uma apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa, só se justificando a restrição se esta visar a protecção de bens jurídicos de elevado valor social e constitucional, nunca podendo, no entanto, ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer um dos direitos ou interesses públicos colidentes” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit., pág. 20 e 21, referindo FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit.

40. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também se tem pronunciado sobre esta questão¹⁰, sendo uma referência o Acórdão *Funke v. France*, de 25-02-1993, no qual o Tribunal entende que a entrega de documentos (extractos bancários) viola o direito à não auto-incriminação.

41. Na jurisprudencial nacional, como referência para a resolução e compreensão de casos similares ou adjacentes, deve-se assinalar o Ac. STJ de 28-05-2014, proc. n.º 171/12.3TAFLG.G1-A.S1, relator ARMINDO MONTEIRO, publicado no Diário da República, 1ª série - nº 203/2014 - 21/10/2014¹¹.

42. Ainda assim, **o carácter não absoluto do direito à não auto-incriminação tem sido afirmado em vários arestos dos Tribunais superiores, debatendo-se a sua admissibilidade e consequências da valoração de elementos de prova recolhidos em preterição do princípio** (cfr. - Ac. STJ de 05-01-2005, proc. n.º 04P3276, Relator HENRIQUE GASPARG; Ac. STJ, de 12-03-2008, proc. n.º 08P694, Relator SANTOS CABRAL; Ac. TRP de 28-01-2009, proc. n.º 0816480, Relator MARIA DO CARMO SILVA DIAS; Ac. TRP de 27-2-2013, proc. n.º 15048/09.1IDPRT.P1, Relator ERNESTO

¹⁰ Para ulterior desenvolvimento, cfr. JOANA COSTA, O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Revista do Ministério Público 128 : Outubro : Dezembro 2011 [pp. 117-183.

¹¹ Sumário: *Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

NASCIMENTO; Ac. TRG de 29-1-2007, proc. nº 1917/07-1, Relator CRUZ BUCHO; Ac. TRG de 12-3-2012, proc. nº 82/05.9IDBRG.G1, Relator ANA TEIXEIRA E SILVA; Ac. TRG de 20-1-2014, proc. nº 97/06.0IDBRG.G2, Relator ANTÓNIO CONDESSO; Ac. RL de 17-04-2012, proc. nº 594/11.5TAPDL.L1-5, Relator SIMÕES DE CARVALHO; Ac. RL de 06-04-2011, proc. nº 724/09.27FLSB -3; Relator A. AUGUSTO LOURENÇO, todos disponíveis em dgsi.pt.

43. O critério acima enunciado, veiculado pela doutrina e jurisprudência, dito de **concordância prática ou da ponderação dos bens**, parece ser o que melhor se adequa à produção legislativa e à expansão normativa do Direito Contra-ordenacional, uma vez que permite garantir soluções casuísticas com reforço na prática judiciária.

44. Outros critérios que atentam na **dependência ou independência da vontade do arguido**, ou que assinalam a **conduta activa versus tolerância passiva**, revelam-se insuficientes por introduzirem distinções remotamente praticáveis e por conduzirem a verdadeiras incriminações com base em conceitos de acção e sujeição manifestamente formais.

45. Se direito ao silêncio representa o *“núcleo quase absoluto do nemo tenetur”* (AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., pág. 21), o **problema de saber o que é que acontece nos casos em que o arguido não está obrigado a colaborar, mas por coacção é levado a contribuir para a sua própria incriminação sob pena de prática de uma infracção deve ser resolvido em função da ponderação casuística e através de um juízo de concordância prática.**

46. Assim, quando a recusa do arguido ou do visado em processo sancionatório em prestar declarações, entregar documentos ou sujeitar-se a um exame não colida com obrigações legais em sentido oposto, ou, em caso de colisão, sempre que os interesses tutelados por tais obrigações legais não prevalecerem no caso concreto, **tal recusa é legítima, o que significa que esse acto (de recusa) não pode ser perseguido como nova infracção.**

47. Outrossim, na situação contrária, isto é, quando os interesses protegidos por tais obrigações legais prevalecerem, no caso concreto, sobre o direito à não auto-incriminação do arguido ou do visado, **este deverá ser compelido a realizar a conduta em causa, podendo a sua recusa ser sancionada autonomamente.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

48. O afastamento do princípio *nemo tenetur* implicará, sempre, que uma lei prévia expressamente imponha um dever de colaboração, devendo esse dever obedecer aos critérios de proporcionalidade e necessidade do artigo 18.º, n.º 2, da CRP para que a recusa no seu cumprimento seja ilegítima e, por sua vez, ilegal. Nos casos em que a ordem é ilegítima, porque não obedece ao critério atrás enunciado, o arguido não está obrigado a colaborar.

49. *“O direito à não autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare), direito com natureza constitucional implícita, implica que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a prestar qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar, direta ou indiretamente, não podendo dessa ausência de colaboração resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade. Não obstante a principal manifestação desta prerrogativa ser o direito ao silêncio, ou seja, o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações, não se encontra, no entanto, restringida a este, abrangendo ainda o direito a recusar a entrega de quaisquer elementos de prova (v.g., documentos ou outros materiais) que tenham ou possam vir a ter valor incriminatório” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit., pág. 53.*

50. Apesar do problema da obrigatoriedade de entrega de documentos ou de prestação de informações implicar, como ponto prévio, *“a análise sob uma perspectiva de colisão como princípio nemo tenetur se ipsum accusare, em sede do qual se pode afirmar que tal princípio não se confunde com o direito ao silêncio, em sentido estrito, nem dispõe de uma consagração constitucional e legal inequívoca – antes constituindo uma decorrência de regras de proibição de prova – mas que importa da salvaguardar de postergação, mantendo a sua afirmação global, na produção e valoração das provas que com ele se intersectem. Na verdade, a ideia de que o princípio não tem carácter absoluto, a necessidade qualificada (v.g. prova única) de prova em domínios e matérias concretas de grande relevância jurídico-social, a predeterminação legal específica da obrigação que acautela a violação do princípio da confiança, a definição de papéis sociais com conteúdo próprio (de direitos e de deveres) em que o visado está investido, a possibilidade de a informação poder ser obtida por outra via (...) são parâmetros, entre outros, em que se pode abonar a justificação da*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

admissibilidade de limitações ao princípio nemo tenetur – CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA,
Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, Coimbra Editora, pág. 128 e 129.

*

51. Vertendo o Direito aos factos, afigura-se-nos que a recolha e a instrução probatória determinada pelo Ofício AdC/2018/1731 é lícita, válida e conforme à lei e à constituição, também por aplicação do alcance do princípio ou do direito à não auto-incriminação, tornando lícitas, válidas e conformes à lei e à constituição a decisão interlocutória da AdC de 31.07.2018¹².

21. Como enquadramento temático, em jeito de prevenção e admoção, a utilização dos artigos 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1 al. h)¹³ e 69.º, n.º 3¹⁴ do NRJC exige o cumprimento de requisitos mínimos de fundamentação dos ofícios probatórios e de modo a permitir à visada o conhecimento das finalidades processuais concretas, comunicando-se, de modo suficiente e bastante, o âmbito, objecto e escopo da prova a produzir.

22. Neste conspecto, considerando que o ofício probatório subjuice foi sequente da realização das diligências de buscas e apreensão e da comunicação do despacho e dos mandados emitidos pelo Ministério Público, afigura-se-nos que aquele desiderato foi casuística e efectivamente cumprido, sem que o âmbito, objecto e escopo da prova a produzir para efeitos do desenvolvimento da investigação em curso resultasse obscuro ou inacessível, sem que as garantias de defesa da visada no que respeita ao aproveitamento desses contributos probatórios resultassem comprometidas.

52. O que é crucial e decisivo para a percepção da licitude, validade e legalidade da utilização dos elementos recolhidos no âmbito de processo sancionatório e através dos

¹² Para tanto, não veicularemos aqui a nossa opinião vertida nas sentenças proferidas nos processos n.º 168/17.7YUSTR e n.º 197/16.8YUSTR em estava em causa prova recolhida no âmbito da actividade de supervisão, realizada pela concretização das prerrogativas inerentes àqueles poderes, a qual tinha insita, mais das vezes, uma actividade preventiva e de fiscalização de “*antecâmara*” da acção sancionatória mas que com ela não se pode confundir.

¹³ *Constitui contraordenação punível com coima: h) A não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios.*

¹⁴ *No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a j) do n.º 1 do artigo anterior [68.º, n.º 1], a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 1 /prct. do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

expedientes adjectivos dos artigos 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do NRJC pode ser dilucidado sob três perspectivas a valorar casuisticamente: (1) índice de incriminação pela colaboração prestada; (2) afirmação processual do direito à não auto-incriminação (3) e natureza e conteúdo da colaboração prestada ou critério de proibição de inversão de ónus de prova da infracção.

53. (1) Salvo melhor opinião, a operacionalidade do princípio *nemo tenetur* num momento processual prévio à decisão do inquérito prevista no art.º 24.º, n.º 3 al a)¹⁵ do NRJC deve ser ponderado com elevadíssimas reservas e escolhos, e no sentido em que esse momento processual em que a visada/recorrente suscitou a nulidade do officio probatório **não existia, ipso facto, qualquer incriminação ou juízo sancionatório definitivo e/ou consolidado da autoridade administrativa.**

54. Ou seja, a apreciação e alcance desse princípio revela-se manifestamente extemporâneo e até despiciendo, implicando que o Tribunal, em prognose, aquilate do contributo dessa prova recolhida para a decisão de imputação da nota de ilicitude e até para uma ulterior condenação da visada que, no momento do requerimento de 27.07.2018 (objecto da decisão impugnada), não havia ocorrido, sendo certo que o objecto processual impede qualquer análise póstuma do prosseguimento para a fase da instrução.

55. Ou seja, torna-se até temerário partir do pressuposto de que, invocada formalmente aquela prerrogativa pela visada/recorrente e estando os poderes probatórios e sancionatórios previstos em lei prévia, o Tribunal estaria apto a proceder à aplicação decisória do primeiro dos critérios enunciados de **concordância prática ou da ponderação dos bens**, visto que inexistente, no momento *a quo* da impugnação judicial interlocutória, qualquer incriminação com apoio na colaboração da visada/recorrente.

56. Ou seja, **a mera valoração pela autoridade administrativa da prova documental junta pela visada na resposta de 27.07.2018 aos pedidos de elementos não pode equivaler a qualquer incriminação**, pelo menos em grau suficiente para que o

¹⁵ Terminado o inquérito, a Autoridade da Concorrência decide: a) Dar início à instrução, através de notificação de nota de ilicitude ao visado, sempre que conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

Tribunal correlacione o exercício da acção sancionatória com a potencialidade incriminatória daqueles elementos.

57. Para o que importa, nesta fase processual não ocorreu qualquer incriminação com fundamento na prova recolhida junto da visada/recorrente, não obstante o protelamento do envio do processo para Tribunal seja concomitante com a pendência da fase de instrução do PRC/2016/04, sequente da notificação da nota de ilicitude.

58. Na verdade, entendemos, como pressuposto apodíctico da questão subjudice, que o conceito de *coerção directa e imediata*, com o qual a visada/recorrente pretende qualificar o ofício probatório, dependeria, necessariamente, do aproveitamento incriminador de tal prova no momento de prolação da decisão impugnada, o que, também, necessariamente, não sucedeu atenta a fase processual do recurso interlocutório.

59. Em suma, a **actuação instrutória de recolha de prova da autoridade administrativa mediante a colaboração activa da visada, estando salvaguardada por expedientes legais prévios de Direito processual e tendo sido cumpridos todos os requisitos formais dessa instrução probatória, mormente a advertência e cominação expressas e prévias, consubstancia uma actuação processualmente insusceptível de representar uma lesão, infirmação ou restrição relevante ao direito à não auto-incriminação numa fase prévia a qualquer imputação sancionatória.**

60. (2) Ainda que assim não fora, para nós, a afirmação do princípio *nemo tenetur* revela-se, na sua essência, no direito de recusar legitimamente a prestação de colaboração com um determinado processo sancionatório, inscrevendo o conteúdo desse direito numa actuação de conteúdo negativo.

61. Como enunciámos, o visado num processo sancionatório tem o direito de, livremente e sem punição ou oneração, recusar colaborar com a acção sancionatória, seja através do mero silêncio ou, mais concretamente, através da recusa na apresentação de meios de prova.

62. Daí que vejamos com assertiva reserva a faculdade aqui enunciada pela visada/recorrente de que, prestando a colaboração, o seu ulterior aproveitamento estaria cominado de absoluta nulidade processual por consubstanciar prova proibida na sequência da sua consulta e valoração pela autoridade administrativa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

63. Diga-se, preclaramente, que toda a colaboração de sujeitos visados em processo contra-ordenacional envolve necessariamente uma prestação probatória positiva e espontânea (pelo menos na aparência formal) que auxilia a actividade de investigação, servindo ao ónus que cabe sempre às autoridades administrativas na demonstração da imputação, sem que tal possa significar qualquer inversão desse mesmo ónus, tendo-se salvaguardado a possibilidade de tal conduta processual ser valorada favoravelmente na medida do sancionamento.

64. O caminho argumentativo da pretensão da visada revelar-se-ia, em nossa opinião, tautológico ou ab-rogante da tutela jurisdicional ínsita à acção sancionatória contra-ordenacional, porquanto implicaria que este Tribunal, no âmbito de uma fase interlocutória do PRC/2016/04, estaria habilitado a aferir da potencialidade coerciva da advertência do art.º 61.º, n.º 1 al. h) do NRJC para efeitos de vício de prova proibida, fora do próprio âmbito do respectivo processo contra-ordenacional em que essa recusa poderia ser sancionada.

65. Efectivamente, o **sancionamento da recusa da colaboração só pode ocorrer, por definição, no âmbito de um processo contra-ordenacional autónomo**, eventualmente instaurado na sequência do incumprimento de pedidos da AdC no uso dos seus poderes sancionatórios e por violação do tipo contra-ordenacional previsto no art.º 61.º, n.º 1 al. h) do NRJC.

66. E será nesse processo contra-ordenacional autónomo que se aferirá da legitimidade da recusa por preterição do direito à não auto-incriminação.

67. Portanto, não temos como seguir a alegação de que a junção dos elementos probatórios ocorreu a expensas da privação *do exercício de quaisquer garantias processuais* e perante a ambivalência de apenas duas opções processuais capazes de afirmar tais garantias: *recusa da entrega de todos os elementos solicitados ou aplicação uma coima até 1% do seu volume de negócios*.

68. Na verdade, jamais a recusa seria cominada, automaticamente e à margem de qualquer processo equitativo, com a sanção prevista no art.º 69.º, n.º 3 do NRJC, impedindo-se que a visada/recorrente fizesse valer a tutela do *nemo tenetur* em processo próprio e no qual aquele princípio pode e deve assumir a plenitude do seu conteúdo.

69. Por conseguinte, a **garantia do *nemo tenetur* ou do direito à não auto-incriminação, num contexto em que a colaboração probatória foi prestada ao abrigo de**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

prerrogativa probatória expressa e prévia da autoridade administrativa e com a advertência também expressa e prévia da sua coercibilidade, deve exigir a afirmação activa dessa garantia ou desse direito pelo interessado e mediante uma actuação de conteúdo negativo de recusa de colaboração, o que não sucedeu.

70. (3) Quanto à natureza e conteúdo da colaboração prestada, importará dizer que estamos perante os seguintes contributos probatórios cuja valoração é, no entender da visada, susceptível de implicar preterição do direito à não auto-incriminação: *documentos elaborados pela visada/recorrente (com a natureza de “instrução corporativa” ou semelhante) que digam respeito à estrutura organizacional da empresa no período compreendido entre 2006 e 2017, incluindo, sem limitar, a IC-003/14-UBP, de 11 de Abril de 2014 e a OS-008/07-UBP de 31 de Janeiro de 2007, e que dizem respeito à composição, divisão e identificação de responsáveis e departamentos da estrutura organizacional macro e micro da visada/recorrente e às instruções corporativas emitidas pela Super Bock Bebidas, SGPS (e não pela visada/recorrente) – cfr. fls. 123 a 306 dos autos.*

21

71. Ora, sem prejuízo de melhor ponderação e sempre assinalando a fase administrativa instrumental que superintende à decisão interlocutória impugnada, **afigura-se nos que tais elementos não comportam em si qualquer conteúdo incriminatório ou susceptível de, por si só, representar a consolidação probatória de uma prática restritiva da concorrência**, servindo antes para a compreensão da estrutura orgânica da visada/recorrente e da funcionalização comercial dos seus vários departamentos com a identificação dos respectivos responsáveis.

72. Outrossim, e com igual evidência, nos parece que aqueles documentos e elementos também não implicam qualquer contributo de natureza confessória sobre a imputação fixação e imposição directa de preços de revenda, sobre a imputação de fixação e imposição directa de preço de venda ou público e de fixação de preços de revenda por meios indirectos.

73. Quando a visada/recorrente afirma que *a disponibilização de todos estes elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável, o direito da Recorrente à não autoincriminação porquanto, ao cumprir integralmente este Pedido de Elementos, a Recorrente poderá estar a ser levada a admitir, de forma não livre e involuntária, o*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

cometimento de uma infração anti concorrencial que, repete-se, não cometeu, incorre num excesso argumentativo, de natureza conclusiva e em que o respaldo do *nemo tenetur* é veiculado na sua dimensão absolutista e exclusivamente formal, negando, inclusive, a melhor doutrina e jurisprudência que cita no seu recurso de impugnação judicial.

74. De igual passo, o argumento de que a arguida incorreu em prestações onerosas *para obtenção das informações necessárias que lhe permitissem dar cumprimento ao pedido de elementos* (contratação de serviços externos) configura alegação claramente despicienda, e na medida em que a disponibilidade de meios não integra o âmbito material do princípio do *nemo tenetur*, que não depende de qualquer juízo sobre a impossibilidade prática de cumprimento do ofício.

75. O mesmo vale para as alegações inerentes ao enorme hiato temporal ou ao grau de complexidade económica que as informações envolvem dado que, no que importa, a visada/recorrente logrou prestar tais informações.

76. O argumento da AdC, veiculado na decisão impugnada, de que os elementos obtidos se tratam de documentos pré-constituídos não nos parece, de todo, como um critério operacional, prevalente ou significativo para a compreensão da problemática inerente ao direito de não auto-incriminação.

77. A interrogação que a visada/recorrente faz sobre se *ao ter cumprido, sem mais, este Pedido de Elementos, não estará a assumir, implícita e indiretamente, a atividade probatória e um ónus que não lhe cabe*, configura uma alegação meramente especulativa e que se abstém flagrantemente de versar sobre o conteúdo concreto de tais elementos.

78. De outro modo, secundamos a mesma AdC quando afirma que tais elementos estão sujeitos a contraditório sobre o seu significado e aproveitamento probatório, expressando com isso a ideia de que a **natureza e conteúdo da colaboração efectivamente prestada no caso dos autos não acarreta qualquer comprometimento objectivo do direito à não auto-incriminação**¹⁶.

¹⁶ Esta ordem de conclusões nada tange com a natureza exculpatória ou inculpatória na prova constante dos autos e no sentido que esta segunda qualificação se aplica a toda a prova utilizada na imputação, independentemente do seu valor indiciário, confessório ou real.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

79. A alegação de que o *posterior exercício do contraditório relativamente ao conteúdo de todos os elementos fornecidos estará, desde logo, francamente inviabilizado, na medida em que, no momento em que for dado à Recorrente o direito de se pronunciar sobre os mesmos, já a Recorrida terá formado o seu juízo de valor e convicção sobre os mesmos* consubstancia uma dedução inquinada e sofista da operacionalidade processual deste princípio do *nemo tenetur*, visto que assume que este direito só pode ser declarado no momento da colaboração, ignorando conscientemente que o vício de nulidade e de prova proibida pode e deve ser conhecido a todo o momento e oficiosamente.

80. A alegação genérica e vaga de que tais elementos podem ser *percebidos de forma descontextualizada ou descaracterizada, sob pena de poderem levar a Recorrida a tirar conclusões que não correspondem à verdade* não colhe por manifesta insuficiência ou índice de convencimento racional.

81. Por conseguinte, além de tudo o que foi dito sobre a precariedade processual da impugnação judicial interlocutória, a posição da visada/recorrente de invocação do *nemo tenetur* apresenta-se abusivamente formalista e desgarrada de consequência prática no que significam tais contributos documentais para a imputação de comportamento contra-ordenacional ilícito e culposo, notando-se que as alegações trazidas a pleito são esboçadas de modo genérico e sem qualquer incursão no conteúdo desses elementos, bastando-se a visada/recorrente de que qualquer contributo probatório estaria ferido de absoluta nulidade com vício de prova proibida desde que tal prerrogativa fosse arguida quando da junção.

82. Em suma, não vislumbramos da **natureza e conteúdo da colaboração efectivamente prestada** um *potencial significado incriminatório* capaz de significar uma violação inadmissível do direito à não auto-incriminação e em que a *disponibilização dos elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável*, esse direito.

83. Cumpre sublinhar que esta posição argumentativa não pode colher e consubstancia, até, uma frontal negação de todo o múnus doutrinário e jurisprudencial incidente sobre a problemática do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

84. Neste conspecto, tentando incidir subsidiariamente sobre o **critério da concordância prática ou da ponderação dos bens** a partir desta premissa do conteúdo dos elementos e documentos, dir-se-á que a utilização dessas prerrogativas probatórias na recolha



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

e solicitação de elementos pela AdC se revela, perfunctoriamente, correspectiva da realização das atribuições da AdC de promoção e defesa da concorrência, na sua dimensão sancionatória, e, por outro, permite realizar, directa e imediatamente, aquelas mesmas atribuições através de uma gestão probatória eficiente e adequada.

85. Ora, se as competências sancionatórias da AdC dispõem de normas especificadamente habilitantes para a realização da recolha de elementos e documentos; se esta autoridade administrativa deve actuar dentro da legalidade administrativa, então a utilização dessas prerrogativas para instrução probatória inerente à caracterização do mercado relevante apresenta-se evidentemente adequada àquelas finalidades de promoção e defesa da concorrência.

86. Além de adequadas, estas prerrogativas probatórias assumem, perfunctoriamente, um contributo relevante para a acção sancionatória, efectivando-a no caso concreto, apesar de instrumental e acessório no que respeita à imputação contra-ordenacional.

87. **É precisamente o interesse na promoção e defesa da concorrência através da acção sancionatória que devem aportar à resolução da questão critérios objectivos de limitação ao princípio *nemo tenetur*, o qual, lido isoladamente, implicaria a cominação de proibição de valoração de elementos probatórios legal e validamente recolhidos na prossecução daqueles interesses e ao abrigo de poderes de investigação reconhecidos por lei.**

88. O ofício probatório identifica expressamente a sua finalidade e extensão, pelo que, qualquer utilização da informação disponibilizada num processo sancionatório poderia ser oportuna e devidamente sindicada quanto à legalidade do seu contributo para a responsabilização sancionatória.

89. A autoridade administrativa **não utilizou qualquer expediente probatório irregular, obscuro, escondido ou encoberto** nem tão pouco excedeu as suas competências sancionatórias, concretamente nos meios utilizados para a obtenção dos elementos e documentos, os quais se afiguram idóneos e conformes ao exercício dos seus poderes de investigação e instrução.

90. O excursus sobre a jurisprudência da União Europeia também vem dar respaldo a este nosso entendimento sobre o caso prático, consagrado na precedência referencial do Ac.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-F

do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, *Orkem contra Comissão*, proc. n.º 374/87¹⁷; do Ac. do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse e outros contra Comissão*, procs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99¹⁸ e do Ac. do Tribunal de Primeira Instância, de 20 de Fevereiro de

¹⁷ Pela sua exemplar lição, deixamos aqui citados os parágrafos 27 a 35 do Ac. *Orkem contra Comissão* destacando o critério jurisprudencial da limitação pela inversão do ónus probatório da infracção: “27 Pelo contrário, o Regulamento n.º 17 não reconhece à empresa que seja objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se furtar à execução dessa medida em virtude de o seu resultado poder fornecer a prova de uma infracção que cometeu às normas da concorrência. Pelo contrário, impõe uma obrigação de colaboração activa, que implica que ponha à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto do inquérito. 28 Na ausência de um direito ao silêncio expressamente consagrado pelo Regulamento n.º 17, convém apreciar se (e em que medida) os princípios gerais do direito comunitário, de que os direitos fundamentais fazem parte integrante e à luz dos quais todos os textos de direito comunitário devem ser interpretados, impõem, como sustenta a recorrente, o reconhecimento de um direito de não fornecer os elementos de informação susceptíveis de serem utilizados para provar, contra quem os forneça, a existência de uma infracção às regras da concorrência. 29 De modo geral, as ordens jurídicas dos Estados-membros só reconhecem o direito de não testemunhar contra si própria à pessoa singular acusada de uma infracção no âmbito de um processo penal. A análise comparativa dos direitos nacionais não permite, assim, concluir pela existência desse princípio comum aos direitos dos Estados-membros em proveito das pessoas colectivas e no domínio das infracções de natureza económica, nomeadamente em matéria de direito de concorrência. 30 No que respeita ao artigo 6.º da convenção europeia, admitindo que possa ser invocado por uma empresa objecto de um inquérito em matéria de direito da concorrência, convém declarar que não resulta do seu texto nem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que essa disposição reconheça um direito a não testemunhar contra si próprio. 31 O artigo 14.º do pacto internacional, que consagra, além da presunção de inocência, no seu n.º 3, alínea g), o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si próprio ou a confessar-se culpado, visa apenas as pessoas acusadas de uma infracção penal no âmbito de um processo judicial e é, assim, estranho ao domínio dos inquéritos em matéria de direito da concorrência. 32 No entanto, convém examinar se determinadas limitações ao poder de investigação da Comissão no decurso do inquérito prévio não resultam da necessidade de assegurar o respeito dos direitos da defesa, que o Tribunal considerou como um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária (acórdão de 9 de Novembro de 1983, *Michelin*, 322/82, *Recueil*, p. 3461, n.º 7). 33 A este respeito, o Tribunal salientou recentemente no acórdão de 21 de Setembro de 1989 (*Hoechst/Comissão*, 46/87 e 227/88, *Colect.*, p. 2859, n.º 15) que, se é certo que os direitos da defesa devem ser respeitados nos processos administrativos susceptíveis de conduzir a sanções, importa evitar que esses direitos possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de inquérito prévio que podem ter um carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos de empresas susceptíveis de as responsabilizar. Por conseguinte, se determinados direitos da defesa apenas dizem respeito aos processos contraditórios que se seguem a uma comunicação de acusações, outros devem ser respeitados desde a fase do inquérito prévio. 34 Assim, se, para preservar o efeito útil dos n.os 2 e 5 do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa. 35 Deste modo, 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”.

¹⁸ Podendo-se ler no seus parágrafos 273 a 275 que: “273 O acórdão *Orkem/Comissão*, já referido, reconheceu assim, ao abrigo dos princípios gerais do direito comunitário, dos quais fazem parte integrante os direitos fundamentais e à luz dos quais todos os textos de direito comunitário devem ser interpretados, o direito de uma empresa não ser coagida pela Comissão, ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a confessar a sua



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

2001, *Mannesmannröhren—Werke contra Comissão*, proc. T-112/98¹⁹²⁰, os quais, no mesmo compasso, reconhecem amplitude ao princípio do *nemo tenetur* no direito sancionatório e legitimam a validade de prerrogativas de instrução documental da Comissão obtidos por colaboração dos visados; seja por referência ao citado Ac. *Funke* e outra

participação numa infracção (v. acórdão Orkem/Comissão, já referido, n.os 28, 38 in fine e 39). A protecção deste direito implica, em caso de contestação sobre o alcance de uma pergunta, que se verifique se uma dada resposta do destinatário equivale efectivamente à confissão de uma infracção, de modo a haver ofensa do direito de defesa. 274 É pacífico que, a seguir a este acórdão, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que o tribunal comunitário deve ter em conta na sua interpretação dos direitos fundamentais, conheceu novos desenvolvimentos com o acórdão Funke, já referido, invocado pelas recorrentes, e com os acórdãos Saunders/Reino Unido de 17 de Dezembro de 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, p. 2044) e J. B./Suíça de 3 de Maio de 2001 (ainda não publicado no Recueil des arrêts et décisions). 275 O acórdão Orkem/Comissão e a jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem têm, porém, em comum, por um lado, a exigência de coacção sobre o arguido para obter deste certas informações e, por outro, a necessidade de verificação de uma ofensa efectiva ao direito que definem.” – nosso destacado.

¹⁹ Sublinhando o TPI num afloramento evidente do critério da concordância que: “66 Com efeito, o reconhecimento do direito de guardar silêncio absoluto, invocado pela recorrente, iria além do que é necessário para preservar os direitos da defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum, que lhe é devolvido pelo artigo 89.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 85.º CE). 67 Daqui resulta que o direito de guardar silêncio só pode ser reconhecido a uma empresa destinatária de uma decisão de pedido de informações na acepção do artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17, na medida em que esta seja obrigada a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão (acórdão Orkem, n.º 35)”.

²⁰ O Ac. do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção), de 29 de Abril de 2004, processos apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd e outros contra Comissão*, citado pela visada/recorrente, expressamente refere no seu parágrafo 401, e ao contrário do que esta pretende fazer valer, que “há que sublinhar que o direito de guardar silêncio absoluto, invocado para defender que não devia responder a qualquer pedido de informações, não pode ser reconhecido”, que, “com efeito, o reconhecimento de tal direito iria além do que é necessário para preservar os direitos de defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum”, e que “o direito de guardar silêncio só pode ser reconhecido na medida em que a empresa em causa seja obrigada a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão”, remetendo para os pontos 66 e 67 do Ac. *Mannesmannröhren—Werke contra Comissão*, T-112/98. Na sequência do recurso desta decisão do TPI e no Ac. 29 de Junho de 2006, o Tribunal de Justiça volta a afirmar que “404 Este direito da Comissão de obter informações, consagrado pelos acórdãos Orkem/Comissão e *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, referidos, respectivamente, nos n.os 401 e 402 *supra*, não contraria nem o artigo 6.º, n.os 1 e 2, da CEDH [Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950] (acórdão *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, já referido, n.º 75”, anotando, todavia, que: “De qualquer forma, o facto de ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio do respeito do direito de defesa ou o direito a um processo equitativo, que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo artigo 6.º da CEDH. Com efeito, nada impede o destinatário de um pedido de informações de demonstrar, mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão (acórdão *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, referido no n.º 402 *supra*, n.os 77 e 78).”



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

jurisprudência do TEDH, desde que essa colaboração não leve à admissão da existência da infração que deverá sempre integrar o ónus de prova da Comissão.

91. Afigura-se-nos que este **critério jurisprudencial de proibição de inversão de ónus de prova da infração** no aproveitamento de prova prestada por colaboração do visado em processo contra-ordenacional consubstancia a pedra de toque da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia²¹.

92. Assim, em compatibilização com esta jurisprudência, **dos elementos juntos pela visada/recorrente não decorre qualquer admissão da existência ou da prática de infração ao Direito da Concorrência cuja prova caiba à AdC, pelo que não subsiste qualquer preterição do princípio do *nemo tenetur*.**

93. É a posição da arguida que aduz uma leitura de postergação ou de *tudo ou nada* à luz do princípio *nemo tenetur* quando implica a inevitável consequência de afastar do problema estas preocupações agora citadas, sendo certo que da jurisprudência citada no seu recurso não se pode retirar a prevalência do direito à não auto-incriminação sob a obrigatoriedade de cumprimento do dever de colaboração.

94. Daí que, enquadrada a actuação da AdC no exercício de poderes sancionatórios, vislumbremos com dificuldade a conclusão pela qualificação destes meios, habilitados por lei prévia, como meios enganosos ou de supressão abusiva, ilegal ou inconstitucional do direito à não auto-incriminação.

95. A possível linha argumentativa sobre a inconstitucionalidade desta interpretação do regime aplicável, por violação dos artigos 18.º n.º 2 e 32.º n.º 2 e 10 da CRP, surpreende-se como espúria e desgarrada de substrato de alegação, tendo em conta, nomeadamente, o que acima se disse, com profuso apoio de doutrina e jurisprudência, sobre a possibilidade de tais garantias serem restringidas, limitadas e ultrapassadas.

²¹ Cfr., além dos referidos, os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, **Aalborg Portland e outros contra Comissão**, procs. C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P e C 219/00 – parágrafos 61 e 65; de 14 de Julho de 2005, **ThyssenKrupp contra Comissão**, procs. C 65/02 P e C73/02 P – parágrafo 39; de 25 de Janeiro de 2007, **Dalmine SpA contra Comissão**, processo C-407/04 P – parágrafo 34; e de 24 de Setembro de 2009, **Erste Group Bank AG e outros contra Comissão**, procs. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P - parágrafo 271. Todas as decisões do Tribunal de Justiça ou do TPI citadas podem ser consultadas em curia.europa.eu.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

96. Este juízo sobre a legalidade da colaboração instrutória em processo contra-ordenacional também auferiu de validação constitucional bastante, ainda que ao abrigo do anterior regime legal da Lei da Concorrência, conforme se dispõe no Ac. nº 461/2011, de 11 de Outubro de 2011, o qual *julgou não inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido, em processo contra-ordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência, aí se defendendo que: “a compressão do conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, exercida pela protecção constitucional do princípio da concorrência, implica que o domínio de abrangência de tal direito não abarque, assim, a possibilidade de o arguido, em processo contra-ordenacional por práticas anticoncorrenciais, recusar a prestação de informações e a entrega de documentos, que estejam em seu poder e lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, pressuposta a dimensão objectiva desses elementos, desprovidos de conteúdo conclusivo ou juízo valorativo, no sentido auto-incriminatório”.*

28

97. Em face do exposto, **conclui-se que os elementos e documentos obtidos na sequência da notificação do Ofício AdC/2018/1731 não configuram prova proibida, por preterição do direito ao silêncio/princípio da não auto-incriminação, cominada com nulidade, nos termos do disposto nos artigos 124.º e 126.º do C.P.P. e nos n.ºs 2, 8 e 10 do artigo 32.º da CRP.**

* *

98. **Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 31 de Julho de 2018, a qual indeferiu o requerimento da visada Super Bock Bebidas, S.A. de 27.07.2018, mantendo-se, na íntegra, os seus efeitos processuais.**

* * *

*

V. DECISÃO.

99. **Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-F

interposto pela visada/recorrente Super Bock Bebidas, S.A., absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade proferida em 31 de Julho de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1861) no âmbito do PRC2016/4.

*

100. Condenação em custas pela visada/recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 3UC em função do decaimento e da complexidade das questões suscitadas, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC.

101. Notifique e deposite.

102. Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, com envio de certidão judicial.

*

29

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 19-11-2018

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista