

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
CATÓLICA LISBON SCHOOL OF BUSINESS & ECONOMICS



MESTRADO EM DIREITO E GESTÃO

***DA EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO
DO PROCESSO SANCIONATÓRIO RELATIVO A PRÁTICAS RESTRITIVAS
DA CONCORRÊNCIA***

ELISABETE LOURENÇO MARTINS DOS REIS

ORIENTADORES:

MESTRE TERESA SERRA

E

PROFESSOR DOUTOR JOÃO CONFRARIA

Lisboa, 31 de Maio de 2012

Modo de Citar

As referências bibliográficas, no decurso da presente dissertação, obedecerão ao seguinte conjunto de regras:

- a) Na primeira referência à obra, para efeitos de citação, são identificados os seguintes elementos: nome completo do autor, título da monografia ou artigo de publicação em série, volume e/ou número (se aplicável), edição (se aplicável), local de edição, editora, ano de publicação e número da(s) página(s);
- b) A partir da primeira referência, o nome e restantes elementos identificativos da monografia ou do artigo de publicação em série serão abreviados, desde que a obra permaneça inequivocamente identificada;
- c) A bibliografia está ordenada em função do último apelido do autor, excepto nos casos em que os autores sejam conhecidos pelos dois últimos apelidos; e
- d) Serão incluídos na bibliografia todas as obras consultadas, ainda que não citadas ao longo do texto.

Nota: A presente dissertação encontra-se redigida de acordo com a antiga ortografia.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

art. – Artigo

CE – Comissão Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DESC – Direito económico, social e cultural

DLG – Direitos, liberdades e garantias

DVM – Direito dos Valores Mobiliários

Estatutos – Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro

LdC – Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio

RGCO – Regime Geral das Contra-Ordenações

TC – Tribunal Constitucional

TCL – Tribunal de Comércio de Lisboa

TEDH – Tribunal europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

Índice

1.	Introdução	4
2.	A defesa da concorrência como tarefa constitucional	6
3.	A Autoridade da Concorrência	7
	3.1. Poderes da Autoridade da Concorrência	8
4.	A Lei da Concorrência	9
	4.1. Processo sancionatório relativo a práticas restritivas	10
	4.2. Constituição como arguido no âmbito da LdC	11
5.	O dever de colaboração com a AdC	12
	5.1. O incumprimento do Dever	13
6.	O princípio da não auto-incriminação	15
	6.1. Fundamentos e consagração do Princípio	16
	6.2. Núcleo essencial do Princípio	17
	6.3. Consequências da violação do Princípio	19
	6.4. Aplicação do Princípio em processo contra-ordenacional	19
	6.5. Aplicação do Princípio a pessoas colectivas	20
7.	Admissibilidade e âmbito da restrição ao Princípio e suas consequências (na doutrina)	22
	7.1. Surgimento do conflito entre o Dever e o Princípio	22
	7.2. Concepção restrita do direito ao silêncio	24
	7.3. O Dever como restrição admissível ao Princípio	26
	7.4. Exclusão de uma verdadeira restrição ao Princípio	33
8.	A questão na jurisprudência portuguesa	37
9.	Jurisprudência no âmbito da UE	40
10.	Considerações Finais	43
	Anexo I	45
	Bibliografia	50

1. Introdução

A presente dissertação tem como objectivo expor, de forma breve e clara, as várias posições doutrinárias e jurisprudenciais adoptadas relativamente à resolução do conflito entre o princípio da não auto-incriminação, ou princípio *Nemo tenetur se ipsum accusare* (o “Princípio”), e o dever de colaboração (o “Dever”) com a Autoridade da Concorrência (a “AdC”) consagrado na Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (a “LdC”), no âmbito do processo sancionatório relativo a práticas restritivas. A relevância prática desta questão prende-se, sobretudo, com a dificuldade em definir quais os meios de obtenção de prova admissíveis neste âmbito, emergente da possibilidade de as provas obtidas poderem ser consideradas nulas em consequência de uma eventual violação do Princípio.

Para a total compreensão da questão e dos argumentos que sustentam cada posição, refere-se, logo no capítulo 2, a natureza constitucional da defesa da concorrência, em que assenta a consagração do Dever e, nos capítulos 3 e 4, expõem-se brevemente as competências da AdC e o processo por práticas restritivas previsto na LdC. O Dever é abordado no capítulo 5, enquanto que o outro pólo do conflito aqui em apreço, o Princípio, é analisado no capítulo 6. Feito o necessário enquadramento, apresentam-se no capítulo 7 as opiniões doutrinárias relativas à compatibilização das duas realidades analisando-se, nomeadamente, a possibilidade de o Princípio constituir fundamento legítimo de recusa do cumprimento do Dever (tornando-a, por isso, lícita), e a medida em que tal será admissível. Nos capítulos 8 e 9 faz-se uma breve exposição da evolução da jurisprudência nacional e da União Europeia (a “UE”), o que se afigura indispensável para uma visão da solução adoptada na prática para a questão.

Importa referir que, durante o período de elaboração da presente dissertação, foi aprovado o novo Regime Jurídico da Concorrência, que entrará em vigor no início de Julho de 2012, e que revogou o anterior regime (aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), bem como o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência (aprovado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto). Nessa medida, houve necessidade de adaptar o presente texto em conformidade. Contudo, a doutrina e jurisprudência referidas foram elaboradas ainda ao abrigo do regime anterior (como, aliás, não poderia deixar de ser), o que não inutiliza o seu contributo para a questão essencial da compatibilização do Dever com o Princípio (e

consequente extensão dos mesmos), uma vez que esta não se encontra ainda resolvida no novo regime¹.

¹ Embora tenha sido resolvido, p. ex. o problema levantado pela anterior remissão para o Código do Procedimento Administrativa como regime subsidiário do processo sancionatório por práticas restritivas, que desapareceu.

2. A defesa da concorrência como tarefa constitucional

Uma das justificações apontadas para a consagração do Dever na LdC² (gerando um conflito com o Princípio) é a importância da defesa da concorrência no nosso ordenamento.

A concorrência é o mecanismo básico de funcionamento da economia de mercado³. Por isso, garantir o normal funcionamento do mercado, através da existência de concorrência entre as empresas, é uma incumbência prioritária do Estado na área económica, prevista no art. 81.º al. f) da Constituição da República Portuguesa (a “CRP”). Mais: a concorrência é igualmente importante para que os cidadãos possam exercer livremente o seu direito fundamental à iniciativa económica privada⁴, previsto no art. 61.º da CRP. Nessa medida, a imposição de alguns condicionamentos à actividade empresarial, parece resultar da necessidade de garantir o princípio da concorrência⁵. Assim, o cumprimento pelo Estado da sua tarefa constitucional, nomeadamente através da regulação e supervisão desenvolvida pela AdC, estará naturalmente na base da consagração do Dever. Contudo, não parece justificar totalmente a ausência de qualquer referência (ou ressalva) ao direito à não auto-incriminação das empresas investigadas, situação que pode proporcionar comportamentos abusivos por parte daquela autoridade. A medida em que se admita uma maior ou menor compressão do Princípio, correlativa do âmbito do Dever, condicionará a actuação da AdC na defesa da concorrência.

Também na UE a defesa da concorrência é extremamente importante, sendo uma ferramenta essencial para a construção e manutenção do mercado único⁷. Assim, o Direito da UE, como é o caso do Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, influenciou

² Nos arts. 15.º, 18.º, 43.º, 58.º, 59.º e 61.º.

³ E entendida por parte da doutrina como elemento garantístico de eficiência na sociedade, um dos fundamentos económicos do direito da concorrência – cf. JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência: Desafios do século XXI*, 2ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. Com efeito, a doutrina divide-se no que diz respeito aos fundamentos (económicos e políticos) daquele – para uma exposição das diferentes correntes consultar MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 10ss e RICHARD WHISH, *Competition Law*, 6.ª ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, pp. 19 ss.

⁴ Que tem duas vertentes: a liberdade de iniciar uma actividade económica (ou seja, desde logo, o direito de criar empresas) e a liberdade de organização, gestão e actividade da empresa (esta já um direito institucional, da empresa em si mesma), como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 789.

⁵ Que constitui um dos fundamentos das restrições à liberdade económica, dada a necessidade de regulação pública da economia - neste sentido ver GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 795 e 796.

⁶ Apresentando argumentos que põem em causa os benefícios da concorrência RICHARD WHISH, ob. Cit., pp.10 ss.

⁷ Com efeito, os princípios fundamentais de proibição de cartéis e de abuso de posição dominante encontravam-se já consagrados no Tratado de Roma, e encontram-se agora presentes nos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (o “TFUE”).

fortemente as soluções adoptadas a nível nacional. No âmbito daquele diploma, a Comissão Europeia (a “CE”), possui amplos poderes de zelo pelo correcto funcionamento da concorrência a nível da UE, nomeadamente o poder de pedir informações às empresas e de lhes aplicar coimas e sanções pecuniárias compulsórias, caso estas não colaborem. Em Portugal, foi adoptado um modelo semelhante para a AdC, sendo esta igualmente responsável por zelar pelo cumprimento do direito europeu da concorrência⁸, nos termos do art. 3.º do Regulamento 1/2003, conjugado com o art. 6.º, n.º1, al. g), do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (os “Estatutos”). Embora a CE tenha competência para intervir, parece que o fará apenas em casos de maior relevo económico a nível da UE, centrando a sua atenção sobretudo no desenvolvimento da legislação na área da concorrência e promovendo decisões judiciais que passem a ser uma referência na matéria⁹ (nas quais se incluem as que apreciam o conflito que aqui se trata¹⁰).

3. A Autoridade da Concorrência

A referida incumbência constitucional de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantindo uma concorrência equilibrada, justificou a criação da AdC, que se pretende que seja uma autoridade reguladora independente, bem como a atribuição à mesma de amplos poderes na LdC e nos Estatutos, entre os quais o de exigir a colaboração das empresas investigadas, como ferramenta para zelar pelo cumprimento da LdC. Com efeito, a AdC, orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência¹¹, tem por missão “assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores”¹².

⁸ No âmbito do qual são igualmente sancionadas as práticas restritivas da concorrência no mercado único, com excepção do abuso de dependência económica, figura exclusiva do direito nacional. O processo sancionatório por práticas restritivas aplica-se também às infracções previstas nos artigos 101º e 102º do TFUE, situações que são expressamente qualificadas como conta-ordenações no art. 68.º, n.º 1, b) LdC, o que não acontecia no regime anterior.

⁹ Cf. SÉRVULO CORREIA, “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1750.

¹⁰ Para uma exposição resumida da jurisprudência relevante ver capítulo 9.

¹¹ Cf. art. 7.º LdC.

¹² Art. 1.º, n.º 2 dos Estatutos.

Para tal, e de forma a tentar assegurar uma actuação independente¹³ no cumprimento das suas atribuições¹⁴, foi dotada de autonomia administrativa e financeira, pelo que possui receitas próprias¹⁵, o que reduz o risco de uma potencial influência do Governo (por não depender de verbas provenientes do Orçamento de Estado). Ademais, enquanto regulador independente, deve reger-se por critérios estritamente técnicos, dispondo por isso de competências próprias e exclusivas para decidir – as decisões da AdC em processos contra-ordenacionais apenas são impugnáveis judicialmente¹⁶. Ao possuir jurisdição sobre toda a actividade económica, não interagindo apenas com um sector específico¹⁷, a AdC goza de maior independência face aos regulados, reforçada pela previsão nos Estatutos de incompatibilidades e impedimentos na nomeação dos membros do respectivo Conselho.

3.1. Poderes da Autoridade da Concorrência

Para cumprir a sua missão a AdC dispõe, concomitantemente, de poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios¹⁸, sendo no âmbito destes dois últimos que é consagrado o Dever (correlativo do poder da AdC solicitar informações ou documentos às empresas investigadas ou a quaisquer outras pessoas singulares ou colectivas).

A supervisão exercida pela AdC destina-se a assegurar a observância das regras de defesa da concorrência¹⁹. Caso a AdC tenha acesso a informação que revele a existência de uma infracção às regras de defesa da concorrência nacionais e/ou europeias, investigará a prática suspeita, instruindo e decidindo o processo sancionatório correspondente, sempre que “as razões de interesse público (...) determinem a abertura de processo de contra-ordenação no

¹³ Para maior desenvolvimento ver JOÃO CONFRARIA, ob. cit., pp. 131 ss e PEDRO ALBUQUERQUE e MARIA DE LURDES PEREIRA, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, in *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coord. Albuquerque, Ruy de, Menezes Cordeiro, António, Coimbra: Almedina, 2005.

¹⁴ Previstas no art. 6.º Estatutos.

¹⁵ Provenientes da cobrança de taxas e das autoridades reguladoras sectoriais, cf. art. 5.º, n.º 3 LdC, art. 31.º dos Estatutos, e DL n.º 30/2004, de 6 de Fevereiro.

¹⁶ Cf. art. 87.º LdC, o que pode ter desvantagens, nomeadamente a pouca celeridade processual e a limitação da avaliação do tribunal à legalidade da decisão, com prejuízo dos aspectos económicos e de mercado, como refere JOÃO CONFRARIA, ob. cit., pp. 143-144.

¹⁷ A articulação da AdC com as entidades reguladoras sectoriais é regulada em alguns arts. da LdC. Para mais desenvolvimento ver MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, JOÃO PAULO SIMÕES DE ALMEIDA, ANDRÉ MATOS FORTE, *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

¹⁸ Cf. art. 7.º, n.º1 Estatutos e art. 5.º, n.º 1 LdC.

¹⁹ Cf. poderes previstos no art. 7.º, n.º 3 Estatutos.

caso concreto”²⁰. Nesse sentido, a LdC confere-lhe o poder de solicitar informações, inquirir pessoas, fazer buscas, apreensões e selagem de locais²¹, nomeadamente no domicílio de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores/colaboradores das empresas²², de forma a permitir uma investigação mais ampla e eficaz das práticas empresariais. A possível interligação entre estes dois tipos de procedimento, bem como a essencialidade do Dever para a instrução do processo sancionatório e a importância deste para a eficácia da supervisão²³ (por ser a própria AdC a processar e a sancionar os ilícitos que identifique no decurso da sua actividade), estão na origem do conflito com o Princípio enquanto garantia de defesa dos investigados²⁴. Com efeito, no âmbito sancionatório (e também da supervisão), a AdC pode solicitar documentos e outras informações às empresas investigadas, que se encontram sujeitas ao Dever (em relação às quais se coloca o problema da auto-incriminação), pese embora possa, recorrendo aos seus poderes de busca, ter acesso a quaisquer documentos, independentemente do seu suporte (o que inclui os e-mails), que se encontrem em poder das empresas investigadas ou nas suas instalações (ou, face ao novo regime, no domicílio de pessoas com elas relacionadas)²⁵.

A configuração dos poderes sancionatórios da AdC é indicativa de uma regulação de natureza reactiva (*ex post*)²⁶, que reage à (eventual) prática de uma infracção.

4. A Lei da Concorrência

A LdC, à semelhança da lei anterior, estabelece três categorias de práticas restritivas da concorrência, cuja verificação origina um ilícito contra-ordenacional²⁷: (i) as práticas

²⁰ Cf. art. 7.º, n.º 2 LdC, nos termos do qual a AdC poderá atribuir diferentes graus de prioridade às questões que é chamada a analisar.

²¹ Art. 18.º LdC.

²² Cf. art. 19.º LdC, disposição que não constava do regime anterior, e que não se aplica aos casos de abuso de dependência económica.

²³ Cf., p. ex., AUGUSTO SILVA DIAS, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março 2010, p. 249.

²⁴ Como refere AUGUSTO SILVA DIAS, ob. cit., e se verá no capítulo 7.

²⁵ Cf. arts. 18.º, 19.º e 20.º LdC.

²⁶ Sobre os tipos e formas de regulação ver JOÃO CONFRARIA, ob. cit., pp. 91-92.

²⁷ Cf. art. 68.º, n.º 1, a) LdC.

proibidas²⁸, (ii) o abuso de posição dominante²⁹, e (iii) o abuso de dependência económica³⁰, pelas quais poderão ser responsabilizadas pessoas singulares e/ou colectivas e entidades equiparadas³¹. O Dever é imposto às empresas³² sem distinção, aos seus representantes legais, bem como a “quaisquer pessoas cujas declarações [a AdC] considere pertinentes”³³.

4.1. Processo sancionatório relativo a práticas restritivas

A LdC prevê um processo sancionatório relativo a práticas restritivas³⁴, regido subsidiariamente pelo Regime Geral das Contra-Ordenações (o “RGCO”), que se destina a ser aplicado pela AdC no exercício dos seus poderes sancionatórios (cabendo-lhe a decisão de abertura, ou não, do inquérito e da instrução e, a final, a decisão condenatória, se for o caso³⁵), e no âmbito do qual se encontra consagrado o Dever.

Este processo divide-se essencialmente em duas fases, sem prejuízo de posterior impugnação judicial: o inquérito e a instrução. No âmbito do inquérito, cabe à AdC investigar a eventual existência de práticas restritivas e recolher a respectiva prova e, a final, decidir pela abertura da instrução correspondente, pelo arquivamento do processo, ou emitir decisão condenatória em procedimento de transacção³⁶. No primeiro caso, notificará as empresas em causa para que exerçam o seu direito ao contraditório, nomeadamente requerendo as “diligências complementares de prova que considerem convenientes”³⁷. Tendo em conta os elementos recolhidos e fornecidos, a AdC: (i) arquiva o processo, (ii) condena a empresa em procedimento de transacção, ou (iii) declara a existência de uma prática restritiva da

²⁸ Cf. art. 9.º LdC.

²⁹ Cf. art. 11.º LdC.

³⁰ Cf. art. 12.º LdC.

³¹ Cf. art. 73.º LdC. De realçar que a responsabilidade das pessoas colectivas não exclui a responsabilidade individual de pessoas singulares, nos casos de violação de deveres de colaboração (n.º 7).

³² Conceito definido no art. 3.º LdC.

³³ PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março 2010, p. 137.

³⁴ Arts. 13.º ss LdC.

³⁵ Nos termos dos arts. 23.º a 35.º LdC.

³⁶ Cf. art. 24.º LdC. A nova LdC determinou uma aproximação do regime da UE, conferindo à AdC alguma discricionariedade quanto à decisão de abertura de inquérito, à semelhança da CE – cf. MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., p.156.

³⁷ Cf. art. 24.º, n.º 3, a) e art. 25.º, n.º 1 LdC. Considera-se que a constituição como arguidas se dá neste momento, questão melhor desenvolvida no ponto seguinte.

concorrência, podendo aplicar uma coima até 10% do volume de negócios da empresa no último ano ou outra sanção acessória³⁸ (desta decisão cabe recurso para o recém-criado tribunal da concorrência, regulação e supervisão).

4.2. Constituição como arguido no âmbito da LdC

A constituição como arguido atribui a condição de sujeito processual, com o inerente acervo de direitos e deveres previstos nos arts. 60.º e 61.º do Código de Processo Penal (o “CPP”). No entanto, uma empresa, enquanto pessoa colectiva, não poderá beneficiar de todos os direitos nem cumprir todos os deveres previstos por referência às pessoas singulares³⁹. Mas poderá juntar provas, requerer diligências, usar do direito ao silêncio ou beneficiar da presunção de inocência, de acordo com o princípio da especialidade consagrado no art. 12.º da CRP, segundo o qual “as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”, o que significa que, à partida, as restrições aos direitos de defesa das empresas (em que se inclui o direito à não auto-incriminação) deverão ser apenas as decorrentes da sua natureza jurídica.

Apesar da previsão de um processo especial, a LdC é omissa quanto à aquisição da qualidade de arguido⁴⁰. No entanto, tem-se considerado que tal acontece aquando da notificação prevista no art. 24.^{o41}, passando as empresas a beneficiar dos inerentes direitos de defesa. A possibilidade prévia de constituição como arguido não é clara⁴², sendo unanimemente considerado que na fase de supervisão seria desprovida de sentido⁴³. Independentemente do

³⁸ Cf. art. 7.º, n.º 2 dos Estatutos; arts. 29.º, n.º 4 e 68.º ss LdC.

³⁹ P. ex. prestar termo de identidade e residência.

⁴⁰ A referência a esta questão que constava da primeira versão da proposta da nova LdC foi eliminada.

⁴¹ Cf. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do Direito Sancionatório da Regulação”, in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto e Sousa Mendes, Paulo (org.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119; JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, “Poderes de Supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 51.

⁴² A esse propósito, PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Paz Ferreira, Eduardo, Morais, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 709 ss. propõe a aplicação subsidiária das regras do CPP, por via do art. 41.º, n.º 1 RGCO (por remissão do art. 13.º LdC). Nesse caso, e face ao art. 58.º, n.º 1 CPP, as empresas deveriam ser constituídas arguidas sempre que a AdC lhes solicite informações, documentos ou declarações no exercício dos seus poderes de inquérito, ou seja, sempre que tiverem de suportar diligências promovidas contra elas pela AdC, no âmbito de processos sancionatórios. No mesmo sentido: VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março 2010, p. 193 e AUGUSTO SILVA DIAS, ob. cit., p. 255. No limite, as próprias empresas poderão requerer a sua constituição como arguidas, de acordo com o disposto no art. 59.º, n.º 2 do CPP, se tal diploma se considerar aplicável.

⁴³ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 49 ss.

momento em que tal ocorra, ao solicitar informações às empresas a AdC deverá comunicar “a base jurídica e o objectivo do pedido”⁴⁴, indicando que o respectivo incumprimento constitui uma contra-ordenação, o que se afigura indispensável para que as empresas possam saber de que tipo de procedimento estão a ser alvo (já que a AdC poderá realizar diligências tanto no âmbito da supervisão como no do processo sancionatório). O art. 15.º da LdC passou a exigir também que seja comunicada a “qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações”, expressão que não é clara, não se percebendo se o legislador aqui se quis referir a uma eventual qualidade de arguida da empresa

5. O dever de colaboração com a AdC

Da conjugação dos arts. 15.º e 43.º da LdC com o art. 8.º dos Estatutos resulta que as empresas estão obrigadas a cooperar com a AdC, devendo fornecer-lhe as informações e documentos solicitados, tanto no âmbito de processos sancionatórios como de supervisão.

A importância da colaboração das empresas deve-se à posição privilegiada das mesmas na obtenção de informação sobre o mercado⁴⁵, extremamente relevante para o desempenho da missão da AdC de garantia do normal funcionamento do mesmo. Aliás, a figura do dever de colaboração não é exclusiva do direito sancionatório na área da concorrência, estando igualmente consagrada de forma geral e no âmbito específico de outros sectores⁴⁶. Assim, é exemplificativa a expressão de CATARINA ANASTÁCIO ao classificar o Dever como “um pilar fundamental”⁴⁷ da actividade da AdC (ou de qualquer autoridade administrativa de supervisão).

O cumprimento do Dever condiciona naturalmente as empresas a ele adstritas. No entanto, para alguns autores tal situação é expectável⁴⁸, uma vez que o exercício de uma actividade

⁴⁴ Art. 15.º, n.º 1 LdC.

⁴⁵ A relevância do Dever é ainda maior relativamente a infracções cuja prática se caracteriza pelo secretismo, como é o caso dos cartéis, em que será mais difícil à AdC ter acesso à informação necessária, ainda que realize diligências de busca.

⁴⁶ Sobre a consagração deste dever em traços gerais ver o DL n.º 276/2007, de 31 de Julho; no âmbito do mercado de valores mobiliários, ver o art. 359.º, n.º 3, do Código dos Valores Mobiliários.

⁴⁷ CATARINA ANASTÁCIO, “O dever de colaboração no âmbito de processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio do nemo tenetur se ipsum accusare”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março 2010, p. 204.

⁴⁸ PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 717.

económica, ainda que ao abrigo do direito fundamental à iniciativa privada, não é totalmente livre, estando sujeito a medidas de protecção do interesse público, com as quais os particulares que optem por exercer uma actividade económica devem contar desde logo. Este argumento é mesmo utilizado para justificar a admissibilidade de restrições ao privilégio da não auto-incriminação das empresas arguidas no âmbito da concorrência.

No caso, o Dever parece estar consagrado de forma absoluta, sem admitir qualquer restrição nem contemplar qualquer ressalva. Ora tal não se afigura aceitável, por implicar a total desconsideração dos direitos de defesa das empresas, entre os quais o Princípio, que deverão ser salvaguardados, pelo menos nalgumas situações. A definição dos casos e da medida em que as empresas se poderão recusar a colaborar invocando o Princípio tem dividido a doutrina e é o objecto deste trabalho.

5.1. O incumprimento do Dever

O incumprimento do Dever constitui uma contra-ordenação punível com coima até 1% do volume de negócios da empresa infractora⁴⁹, cuja aplicação não a dispensa do cumprimento do Dever, pelo que permanecerá obrigada a fornecer as informações ou documentos solicitados⁵⁰. Se, ainda assim, a empresa não colaborar, poderá vir a ser punida pela prática do crime de desobediência simples, nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b), do Código Penal (o “CP”), caso o pedido da AdC tenha sido feito de forma regular e acompanhado da correspondente cominação⁵¹.

A possibilidade de aplicação de uma sanção pela própria AdC poderá ser considerada um meio de obtenção coerciva de informações e documentos, potenciador da auto-incriminação. Para CATARINA ANASTÁCIO⁵², a decisão de colaborar da empresa investigada poderá não ser totalmente voluntária e livre, por ter subjacente a pressão exercida pela existência da sanção⁵³. Ainda assim, assumindo que a auto-incriminação é admissível quando feita de forma voluntária e esclarecida, ou seja, livre de qualquer coerção (ainda que prevista na lei), não parece poder configurar-se uma violação do direito ao silêncio se a empresa em questão

⁴⁹ Arts. 68.º, n.º 1, al. h) e i) e 69.º, n.º 3 LdC.

⁵⁰ Art. 68.º, n.º 2 LdC.

⁵¹ De referir que a AdC naturalmente não tem competência para investigar e punir crimes.

⁵² CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 224.

⁵³ Cf. VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., p. 186, considera também que a sanção prevista não é totalmente irrelevante.

estiver “totalmente esclarecida sobre todas as consequências (positivas e negativas) das suas declarações e decidir livremente prestá-las”⁵⁴. Com efeito, a prestação de declarações em resultado da opção de não exercer o direito ao silêncio, fundada única e exclusivamente na vontade do sujeito, não constitui violação daquele direito (sob pena de, no limite, se considerar violadora qualquer declaração prestada em obediência ao Dever)⁵⁵. FREDERICO COSTA PINTO pronuncia-se neste sentido, afirmando desde logo que a existência de tutela sancionatória para o Dever não pode, por si só, determinar a proibição de uso como prova dos elementos fornecidos⁵⁶. Também para os tribunais não há violação do direito ao silêncio (ou do Princípio) com este fundamento⁵⁷.

Independentemente da posição tomada na questão acima, é certo que a previsão de uma sanção para o incumprimento do Dever será sempre um dos factores considerados pelas empresas ao tomarem a decisão de cumprir ou não o mesmo. Contudo, parece que a consagração do Dever e da sanção correspondente não constituem incentivo suficiente para que as empresas cedam à AdC as informações de que dispõem, e que lhe permitiriam supervisionar/sancionar as suas práticas. Com efeito, a própria previsão de um regime de clemência (actualmente integrado na LdC) é sintomática da insuficiência da consagração do Dever: se, graças ao mesmo e à ameaça de sanção pelo seu incumprimento, a AdC conseguisse ter acesso a toda a informação relevante para a sua actividade, a utilidade de um regime de clemência seria reduzida. A interligação entre estas duas realidades e dos incentivos que lhe estão subjacentes é abordada de forma resumida no Anexo I.

⁵⁴ CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 225.

⁵⁵ Cf. CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 225, defendendo que para uma formação livre e esclarecida da vontade da empresa, a comunicação prevista no art. 18.º da LdC anterior deveria incluir, além do previsto, o tipo de infracção em causa, a existência do direito à não auto-incriminação e as repercussões do seu exercício ou da colaboração com a Autoridade (esta última referência é já exigida pelo actual art. 15.º LdC).

⁵⁶ FREDERICO 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*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 82 ss.

⁵⁷ Cf. capítulos 8 e 9 da presente dissertação.

6. O princípio da não auto-incriminação

O Princípio constitui um dos principais direitos de defesa dos acusados, visando garantir que ninguém poderá ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação e eventual condenação, nomeadamente através da admissão da prática de uma infracção. Entende parte da doutrina⁵⁸ que o Princípio se pode dividir em dois corolários, cujas fronteiras nem sempre são fáceis de traçar: o direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação⁵⁹. Há também quem entenda⁶⁰ que o Princípio se divide não em dois, mas em mais corolários, sendo o direito ao silêncio o mais importante de entre eles. Qualquer que seja o entendimento relativo a esta questão, parece certo que o Princípio *lato sensu* consiste na inexistência de qualquer obrigação de fornecer prova da sua própria culpabilidade, seja ela testemunhal ou documental⁶¹. Contudo, é igualmente certo que o mesmo não é absoluto.

O direito ao silêncio está inexoravelmente ligado à não auto-incriminação, embora um e outra sejam realidades algo distintas. À partida, o direito ao silêncio, consagrado no art. 61.º, n.º1, al. d) do CPP⁶², abrange a liberdade de declaração do arguido⁶³, que é o seu titular, em primeira linha⁶⁴. Já o direito à não auto-incriminação, considerado de forma independente, será uma figura mais abrangente, incluindo todas as situações de cooperação com a justiça que possam contribuir para o estabelecimento da culpabilidade do próprio arguido⁶⁵. No limite, e numa concepção mais restrita do Princípio, este poder-se-á confundir com o direito ao silêncio⁶⁶. No entanto, a doutrina portuguesa tem definido um âmbito mais alargado do

⁵⁸ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 37 e 44.

⁵⁹ Diferentemente, o ponto 10 do Ac. TC 461/2011, refere que o princípio abrange como corolários, no seu conteúdo potencial máximo, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova.

⁶⁰ 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: Coimbra Editora, 2009, pp. 19-20.

⁶¹ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Iuris 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 2006, p. 133.

⁶² E reforçado ao longo do mesmo (p. ex. arts. 58.º, 141.º, n.º4; 143.º, n.º2; 144.º, n.º1; 343.º, n.º1 e 345.º, n.º1).

⁶³ Cf., p. ex., Ac. TC 461/2011, ponto 14.

⁶⁴ Mas também o suspeito, na medida em que poderá requerer a sua constituição como arguido nos termos do art. 59.º, n.º2 CPP. Ver, a propósito, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Arguido e imputado no processo penal português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, pp. 131-132.

⁶⁵ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte I*”, cit., p. 132.

⁶⁶ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 21.

Princípio, de forma a englobar manifestações indirectas, como seja a entrega de documentos⁶⁷
68.

6.1. Fundamentos e consagração do Princípio

O Princípio é, tradicionalmente, um dos direitos de defesa dos acusados em processos sancionatórios⁶⁹, sendo a doutrina unânime na associação da sua origem ao momento de viragem do processo penal inquisitório para o acusatório, com a função de evitar que o arguido se tornasse instrumento da própria acusação⁷⁰. A natureza do Princípio deixa antever que a respectiva aplicação se justifica apenas em processos sancionatórios, ficando desde logo excluída no âmbito da supervisão realizada pela AdC⁷¹.

Tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesas consideram que o Princípio: (i) vigora na ordem jurídica portuguesa, embora não se encontre clara e especificamente consagrado em nenhuma disposição, e (ii) tem natureza constitucional, ainda que não esteja consagrado expressamente na CRP, em nenhuma das suas vertentes⁷². Não obstante, podemos encontrar um dos seus corolários, o direito ao silêncio, consagrado no CPP⁷³.

Embora a natureza constitucional do Princípio seja consensual, existem duas correntes distintas quanto aos seus fundamentos: uma defende a existência de um fundamento constitucional material, e a outra defende um fundamento de natureza processual⁷⁴. Para a primeira, o Princípio e respectivos corolários fundam-se directamente na dignidade da pessoa

⁶⁷ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, Parte I”, cit., pp. 132-133; AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 21. Em sentido contrário, ver FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., p. 95.

⁶⁸ Todavia não é pacífica, por exemplo, a qualificação de situações de diligências de prova contra a vontade do arguido, como é o caso dos exames físicos – AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., pp. 21 ss, e MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 127.

⁶⁹ Dada a extensão do presente trabalho não se fará uma abordagem histórica, apesar do seu interesse para uma melhor compreensão das opções feitas pelo legislador e pela doutrina. Referindo o tema, embora não muito desenvolvidamente, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., pp. 9-14; VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, Parte I”, cit., pp. 136-139; MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 122 ss.

⁷⁰ Ver, por todos, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 9.

⁷¹ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 22.

⁷² JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 39; AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 15; MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 125; Ac. TC nº 155/07, ponto 12.1.5, referindo outros acórdãos nesse sentido; e Ac. TC 461/2011, ponto 10.

⁷³ Bem como no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a “CEDH”), embora à partida só para pessoas singulares.

⁷⁴ A opção por uma delas não é indiferente, uma vez que os fundamentos constitucionais do princípio ditarão a sua maior ou menor força quando confrontado com outros princípios e/ou direitos.

humana e no direito fundamental à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade⁷⁵. Para a segunda corrente, prevalente no seio da doutrina e jurisprudência portuguesas, o fundamento do Princípio reside nas garantias processuais constitucionalmente consagradas, como é o caso do princípio da presunção de inocência e do processo equitativo⁷⁶.

Quanto ao momento de aplicação, tem-se considerado que o Princípio, além de vigorar naturalmente após a constituição de arguido, poderá ser considerado um fundamento para a mesma (que poderá ser requerida se reunidas as condições previstas no art. 59.º, n.º 2, do CPP), vigorando assim em momento anterior a ela, e só deixando de vigorar após o trânsito em julgado da sentença, momento em que cessa a qualidade de arguido⁷⁷.

A delimitação do conteúdo, amplitude e fronteiras do Princípio, que não é absoluto, e a sua harmonização com outros princípios e direitos é o ponto cuja concretização levanta mais dúvidas. A posição adoptada nesta questão influencia, naturalmente, a solução dada ao problema da compatibilização do Princípio com o Dever, uma vez que altera a medida em que se admite uma restrição ou limitação do primeiro face à ponderação dos interesses que justificam a existência do segundo.

6.2. Núcleo essencial do Princípio

A admissibilidade de uma restrição ou limitação⁷⁸ a um princípio, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade⁷⁹, está indissociavelmente ligada ao seu núcleo essencial, o “limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”⁸⁰ que, à partida, não poderá, ou não deverá, ceder perante outros, e cujo conteúdo importa, no caso, definir.

⁷⁵ Posição exposta de forma mais extensa e criticada por VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Iuris 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 2007, pp. 59 ss.

⁷⁶ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 15; JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 40-43; Ac. TC 695/95 e Ac. TC 461/2011, ponto 10.

⁷⁷ Neste sentido ver AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., pp. 22-23.

⁷⁸ As expressões restrição e limitação são usadas de forma distinta pela doutrina no ramo do direito constitucional. Consultar, a esse propósito, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 388 ss e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV – Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 328 ss.

⁷⁹ Consagrado no artigo 18.º, n.º 2 CRP. Ver, acerca do princípio: JORGE MIRANDA, ob. cit., pp. 283 ss.

⁸⁰ JORGE MIRANDA, ob. cit., p. 340.

Segundo COSTA ANDRADE, “o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, sc., a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa”⁸¹. A liberdade de declaração do arguido veda “todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias”⁸². Assim, para que o Princípio seja respeitado, é necessário que “qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de auto-responsabilidade”⁸³. Este conjunto de afirmações parece ser susceptível de definir aquilo que de essencial o Princípio visa proteger⁸⁴. No entanto, há que referir que o Princípio foi concebido para o processo penal, visando pessoas singulares, sendo nesse campo que se realiza e aplica totalmente, pelo que não poderá ser aplicado de forma igualmente linear no âmbito da concorrência, quer pela diferente natureza contra-ordenacional, quer pela necessidade de compatibilização com o Dever (sob pena de este ser impossível de se fazer cumprir e de se inutilizar a obrigação de conservação de documentos que impende sobre as empresas)⁸⁵.

Ora vejamos. Do fornecimento dos elementos solicitados pela AdC poderá resultar um contributo para a própria incriminação. A dificuldade estará em traçar a fronteira a partir da qual tal situação constituirá uma violação do Princípio, por não respeitar o seu núcleo essencial. Desde logo, parece ser exigido que a eventual admissão de um comportamento susceptível de constituir uma infracção não resulte de coacção⁸⁶. Seguidamente, importa definir que meios de prova estarão abrangidos pela protecção conferida pelo núcleo do Princípio, sendo que a prestação de declarações (cerne do direito ao silêncio) parece estar indubitavelmente contemplada. Pelo contrário, parece que a entrega de documentos dificilmente se poderá considerar incluída. Com efeito, para CATARINA ANASTÁCIO e para o Tribunal Constitucional (o “TC”), o núcleo essencial do Princípio abrange apenas “declarações auto-incriminatórias” em resposta às questões colocadas (no caso pela AdC) que constituam a admissão de participação numa infracção⁸⁷. Uma definição mais ou menos alargada do núcleo essencial do Princípio influenciará de forma determinante os meios de

⁸¹ MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit, p. 121.

⁸² MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit, p. 121.

⁸³ MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit, p. 121.

⁸⁴ Nesse sentido CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 216.

⁸⁵ Cf. 6.4. e 6.5. *infra*.

⁸⁶ Cf. Ac. TC 461/2011, ponto 10, e 5.1. *supra*.

⁸⁷ Cf. CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 217 e Ac. TC 461/2011, ponto 10, questão que se prende igualmente com o conteúdo do direito ao silêncio, melhor abordado no capítulo 7.

prova que se considerarão abrangidos, ou não, pela sua protecção, e será inversamente proporcional ao âmbito de aplicação reconhecido (ou permitido) ao Dever.

6.3. Consequências da violação do Princípio

Tendo em conta que a vigência do Princípio no ordenamento jurídico português é unânime tanto na doutrina como na jurisprudência, não poderia deixar de existir uma consequência negativa para o seu incumprimento. O art. 32.º, n.º 8, da CRP estabelece, desde logo, a nulidade de todas as provas obtidas mediante “ofensa da integridade física ou moral da pessoa”, sanção que será aplicável às provas obtidas com violação do Princípio, por transformarem a pessoa em “mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade”⁸⁸. Também o art. 58.º, n.º 5, do CPP proíbe a valoração como prova das declarações prestadas com violação das formalidades exigidas para a constituição de arguido, e o art. 126.º do CPP prevê casos de nulidade insanável da prova obtida sob ameaça de coacção, de medida legalmente inadmissível ou por “meios enganosos”⁸⁹, que não poderá ser valorada e utilizada no processo (podendo haver lugar à responsabilização dos agentes que se sirvam de tais métodos proibidos de obtenção de prova)⁹⁰. Contudo, estas são as sanções previstas em sede de processo penal, reflectindo a amplitude que o Princípio tem no mesmo. Em processo contra-ordenacional, onde serão aplicáveis *ex vi* art. 41.º do RGCO⁹¹, face ao âmbito mais restrito do Princípio (cf. 6.4. *infra*), não só a verificação de uma violação do seu núcleo essencial é menos provável, como a respectiva consequência será menos severa, limitando-se, à partida, à nulidade das provas obtidas com violação daquele núcleo.

6.4. Aplicação do Princípio em processo contra-ordenacional

Enquanto direito de defesa, o Princípio é aplicável apenas em processos sancionatórios (excluindo a supervisão da AdC). A sua aplicabilidade no âmbito contra-ordenacional resulta do disposto no art. 32.º, n.º 2 e n.º 10, da CRP, que determinam a aplicação dos “direitos de

⁸⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 126.

⁸⁹ Que se pode estender às provas obtidas subsequentemente, de acordo com a teoria do efeito à distância. Ver, a propósito, MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 169 ss e 312 ss.

⁹⁰ Para maior desenvolvimento ver AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., pp. 35 ss; MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 125 ss. Contra a aplicação do regime do CPP ver FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., pp. 112 ss.

⁹¹ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 54.

audiência e defesa” do arguido, nos quais o Princípio se insere, a este tipo de processo⁹², embora com uma extensão distinta da utilizada em processo penal, face à sua diferente natureza.

Com efeito, o processo penal visa a punição das infracções qualificadas como ilícitos criminais, com um desvalor ético subjacente, e por isso mais gravosas. Diferentemente, os ilícitos de mera ordenação social são integrados por condutas eticamente neutras⁹³, razão pela qual a sua sanção (a coima) é também menos severa⁹⁴, sendo o respectivo processo conduzido numa primeira fase por autoridades administrativas, e não por tribunais judiciais. Assim, visto que o processo contra-ordenacional dá lugar à aplicação de sanções menos lesivas (as coimas, por oposição à pena de prisão), é naturalmente menos garantístico que o processo penal. A não equiparação entre os dois tipos de processo, dada a diferença dos bens jurídicos protegidos, justifica que o Princípio, embora aplicável no âmbito contra-ordenacional, o seja de forma restrita, limitado aos seus vectores essenciais, como é o caso do direito ao silêncio⁹⁵.

Independentemente do âmbito que se atribua ao Princípio, e da admissibilidade da sua aplicação em processo contra-ordenacional, haverá ainda que indagar se haverá lugar à sua aplicação, e por que via, no âmbito da LdC, o que será feito no capítulo 7 *infra*, a propósito da análise das diferentes posições doutrinárias.

6.5. Aplicação do Princípio a pessoas colectivas

Uma vez que as pessoas colectivas são susceptíveis de serem responsabilizadas pela prática de contra-ordenações (são-no, desde logo, na LdC), faz sentido que possam igualmente gozar dos direitos de defesa inerentes à constituição como arguidas no âmbito do processo

⁹² Cf. FÁTIMA REIS SILVA, “O direito à não auto-incriminação”, in *Sub Judice*, 40, 2007, pp. 62-63, que considera “inquestionável” a aplicação do princípio da presunção de inocência e suas consequências, de onde decorre o direito à não auto-incriminação, no processo contra-ordenacional.

⁹³ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 23 ss.

⁹⁴ Sobre a distinção entre crimes e contra-ordenações ver JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, “Jornadas de Direito Criminal”, C.E.J., 1983, p. 323.

⁹⁵ Neste sentido: Ac. TC 461/2011, ponto 13; FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., pp. 62 ss, MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pp.168 ss.

correspondente, desde que compatíveis com a sua natureza (princípio da especialidade)⁹⁶. Tal compatibilidade deverá ser aferida casuisticamente⁹⁷.

No caso, e uma vez que não parece haver incompatibilidade, o Princípio será aplicável às pessoas colectivas constituídas arguidas⁹⁸ em processo contra-ordenacional, embora com um âmbito mais restrito, quer pelo ramo de direito em questão, quer pela natureza dos titulares⁹⁹. Na verdade, privar totalmente as pessoas colectivas de usufruírem das garantias de defesa pareceria desprovido de sentido¹⁰⁰. Todavia, aplicar-lhes o Princípio da mesma forma que às pessoas singulares também não parece adequado, até porque as duas realidades não têm a mesma natureza, existindo dimensões não aplicáveis, nomeadamente no que respeita a actos eminentemente pessoais¹⁰¹, o que justifica a compressão do Princípio¹⁰².

⁹⁶ Cf. 4.2 *supra*; AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 42; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 113.

⁹⁷ Ver, para maior desenvolvimento, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 330-331.

⁹⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 526, referem que, apesar de serem direitos eminentemente pessoais, poderá fazer sentido estendê-los às pessoas colectivas dado que estas são responsabilizadas criminal e/ou contra-ordenacionalmente.

⁹⁹ FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., pp. 95 ss, admite a aplicação do princípio a pessoas colectivas, uma vez que têm capacidade para prestar declarações em juízo através do seu representante legal, embora advirta que a invocação só será legítima se decidida pelos órgãos sociais com capacidade para formar a vontade da pessoa colectiva em questão.

¹⁰⁰ Cf. PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, cit., p. 137.

¹⁰¹ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 42.

¹⁰² Cf. MIGUEL MOURA E SILVA, ob. Cit., pp. 168 ss.

7. Admissibilidade e âmbito da restrição ao Princípio e suas consequências (na doutrina)

O conflito entre o Dever e o Princípio no âmbito da LdC afigura-se inevitável (ainda que este último tenha um âmbito mais restrito do que o previsto no processo penal), face à existência de dois interesses em colisão: a importância de uma investigação eficaz no domínio da defesa da concorrência, que já se referiu ser essencial e ter natureza constitucional, e o exercício de direitos de defesa, também constitucionalmente consagrados. Desde logo, a imposição de um dever de colaboração implica uma menor intensidade do direito à não auto-incriminação das empresas em causa, tornando os limites de cada uma das figuras difíceis de definir.

A jurisprudência, tanto nacional como da UE, tem seguido uma orientação relativamente constante. Já na doutrina é possível encontrar opiniões divergentes, que se tentarão expor e resumir de seguida.

7.1. Surgimento do conflito entre o Dever e o Princípio

Importa excluir, desde logo, a existência de um conflito no âmbito do procedimento de supervisão a cargo da AdC. Com efeito, este não tem natureza sancionatória, pelo que não há lugar à constituição como arguido nem à aplicação do Princípio¹⁰³, pese possam embora surgir dificuldades relativamente à possível utilização, num eventual processo sancionatório posterior, dos elementos recolhidos em sede de supervisão (problema já levantado pela doutrina no âmbito do regime anterior). O art. 31.º, n.º 5, da nova LdC veio tomar posição sobre a questão, estabelecendo que a informação e documentação obtida pela AdC no âmbito da supervisão ou de processo sancionatório poderá vir a ser utilizada pela mesma “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 efectuadas”. Esta solução vai de encontro à posição de parte da doutrina¹⁰⁴. No entanto, a mesma doutrina defendia igualmente que, no caso de procedimentos simultâneos e ainda que no âmbito da supervisão, a AdC não poderia formular perguntas das quais resultasse directamente a incriminação das empresas investigadas, que, no limite, se poderiam recusar a responder ao abrigo do Princípio (sem serem responsabilizadas

¹⁰³ Cf., entre outros, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *ob. cit.*, p. 75; JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 50; e FREDERICO COSTA PINTO, *ob. cit.*, p. 88 afirmando que a aplicação do regime do inquérito criminal à supervisão contraria a autonomia daquele ramo e a intenção do legislador.

¹⁰⁴ Expressa em FÁTIMA REIS SILVA, *ob. cit.*, pp. 72 ss.

por incumprimento do Dever)¹⁰⁵. Apesar da disposição introduzida na LdC, parece que esta ressalva continua a ser válida, sendo agora ainda mais importante, sob pena de, por esta via, estar aberto o caminho à total desconsideração do direito à não auto-incriminação das empresas arguidas e da protecção que o mesmo visa conferir.

O conflito surgirá igualmente quando a AdC, no âmbito de processo sancionatório por si iniciado, solicite o fornecimento de informações e documentos às empresas, no decurso da sua investigação da prática suspeita e ao abrigo dos arts. 15.º e 18.º da LdC. Nessa situação, as empresas poder-se-ão recusar a cumprir o Dever, com base na violação das “tradicionalis garantias de defesa, com destaque especial para a prerrogativa da não auto-incriminação”¹⁰⁶. Importa, por isso, apurar em que medida o Dever se poderá sobrepor ao Princípio sem que haja violação deste, e vice-versa, bem como se o Princípio constitui fundamento legítimo para a recusa de colaboração com a AdC.

Diferentemente, SILVA DIAS considera que o conflito não resulta da mera previsão e cumprimento do Dever¹⁰⁷, surgindo apenas se o exercício de poderes de supervisão e sancionatórios estiver a cargo da mesma entidade, ou seja, num cenário de concentração de poderes, por se afigurar praticamente impossível a manutenção de uma “barreira estanque” entre as informações obtidas no procedimento de supervisão (em que o Princípio não vigora) e as informações depois usadas na instrução do processo sancionatório (em que o Princípio poderá ser invocado). Esta situação encontra-se já regulada na actual LdC, valendo as considerações tecidas *supra*, *i.e.*, apesar da obrigação de esclarecimento prévio das empresas, parece possível que a AdC se sirva dos seus poderes de fiscalização, aproveitando-se da adstrição daquelas ao Dever (e da não invocabilidade do Princípio em sede de supervisão) para obter elementos que lhe permitam, *a posteriori*, instruir o processo sancionatório e proferir uma decisão condenatória (“contornando” a protecção conferida pelo Princípio). Para este autor, o conflito resulta da possibilidade de utilização posterior da informação obtida em sede de procedimento de supervisão, bem como da dificuldade em definir de forma inequívoca o momento processual em que é feito o pedido de informação, reflexo da não

¹⁰⁵ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p. 74.

¹⁰⁶ PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, ob. cit., p. 123.

¹⁰⁷ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, ob. cit., p. 250.

separação clara entre procedimentos de supervisão e sancionatórios¹⁰⁸ - situação que não parece ter sido acautelada, mas sim acentuada, pela consagração expressa na nova LdC da possibilidade de livre circulação da informação entre os dois tipos de procedimento a cargo da AdC.

7.2. Conceção restrita do direito ao silêncio

A posição de COSTA PINTO¹⁰⁹ quanto à questão em análise, ainda que no âmbito do Direito dos Valores Mobiliários (o “DVM”), é incontornável, desde logo porque coincide em grande parte com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE (o “TJ”). Dada a proximidade daquele ramo com o Direito da Concorrência, a maior parte dos argumentos poderão ser transpostos, dando um contributo relevante para uma possível solução do problema.

O autor admite que o arguido, em processo contra-ordenacional, se recuse a cumprir o Dever com base no direito ao silêncio, por aplicação subsidiária do CPP, *ex vi* art. 41.º, n.º 1, do RGCO (o que, obviamente, não impede a colaboração voluntária). No entanto, dada a sua concepção restrita daquele direito, tal só poderá acontecer em determinados casos. Com efeito, o autor considera que o direito ao silêncio abrange apenas “o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados” e que poderão responsabilizar o arguido, não justificando, portanto, a recusa de “entrega de elementos que estejam em seu poder”¹¹⁰. Tal entrega não implica, na sua opinião, qualquer restrição do direito ao silêncio das empresas investigadas. Antes pelo contrário: a solicitação de documentos pela AdC constitui uma diligência de prova, por força do art. 61.º, n.º 3, al. *d*), do CPP, a que as empresas se encontram adstritas enquanto arguidas¹¹¹. Esta obrigação é ainda reforçada pelo facto de as empresas estarem especialmente sujeitas à acção da AdC, como consequência do exercício de uma actividade económica (ao contrário do que acontece com os particulares num processo crime). Assim, aquelas terão a obrigação de entregar os documentos solicitados pela AdC, que de outra forma veria as suas competências sancionatórias limitadas em demasia¹¹².

¹⁰⁸ Ver AUGUSTO SILVA DIAS, *ob. cit.*, pp. 250 ss. Contra: JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 46 ss.

¹⁰⁹ Expressa em FREDERICO COSTA PINTO, *ob. cit.*

¹¹⁰ FREDERICO COSTA PINTO, *ob. cit.*, p. 95.

¹¹¹ Uma vez que é dever do arguido sujeitar-se a diligências de prova.

¹¹² FREDERICO COSTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 105 ss.

De referir que, para este autor, tanto o Dever, dada a sua essencialidade para a defesa da concorrência, como o Princípio, têm fundamento constitucional, radicando-se o segundo nas garantias de defesa consagradas constitucionalmente (e não no princípio *in dubio pro reu*, mero critério de decisão em caso de dúvida)¹¹³.

Da sua posição resulta que, num processo contra-ordenacional, poderão ser licitamente solicitados documentos à empresa arguida, que esta deverá entregar, sem que tal dê origem a qualquer nulidade de prova. A prestação de declarações poderá ser recusada com base no direito ao silêncio, embora este não tenha que ser comunicado previamente pela AdC à arguida¹¹⁴. O autor defende também a possibilidade, agora expressamente prevista na LdC, de utilização posterior pela AdC dos elementos fornecidos no âmbito da supervisão. O contrário impedi-la-ia de dar o seguimento adequado às informações recolhidas, esvaziando os seus poderes sancionatórios, dos quais depende a eficácia da supervisão (essencial para a defesa da concorrência constitucionalmente tutelada), criando mesmo um espaço de “imunidade antecipada” face às irregularidades detectadas em resultado da supervisão¹¹⁵. Com efeito, se a AdC não puder reagir contra as infracções detectadas no âmbito das suas acções de supervisão, a eficácia e utilidade desta ficarão seriamente comprometidas.

No entanto, para que possa invocar o seu direito ao silêncio, é necessário que a empresa tenha sido previamente constituída como arguida o que, para o autor, acontecerá apenas “através de um auto de notícia ou de uma acusação”¹¹⁶ que determine a efectiva imputação de uma contra-ordenação. Contudo, o estatuto de arguido não torna a recusa de entrega de documentos com base na invocação daquele direito legítima para este autor. Antes pelo contrário: como já se disse, sendo arguida, a empresa ficará numa situação de sujeição, na medida em que o acto da AdC constitua uma diligência de prova. Ademais, o autor salienta que não faria sentido a limitação dos deveres de colaboração com as entidades reguladoras em consequência da mera “existência genérica de um direito do arguido ao silêncio e à não auto-incriminação, ao ponto de não se informa ou de se poder prestar informações falsas”¹¹⁷.

¹¹³ FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., pp. 72 ss.

¹¹⁴ FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., p. 124.

¹¹⁵ FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., pp 105 ss.

¹¹⁶ FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., p. 92.

¹¹⁷ FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., p. 125.

7.3. O Dever como restrição admissível ao Princípio

A posição que maior acolhimento tem tido na doutrina portuguesa é a que admite a possibilidade de invocação do direito ao silêncio pelas empresas arguidas em processos de contra-ordenação, embora com algumas restrições decorrentes da importância constitucional da defesa da concorrência (fundamento do Dever). Esta posição difere claramente da anterior por considerar incluída no âmbito do direito ao silêncio a possibilidade de recusar a entrega de documentação e outros elementos que possam contribuir para a própria incriminação.

Este entendimento é perfilhado, desde logo, por FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE que, à semelhança de COSTA PINTO, se pronunciam no âmbito do DVM e consideram que o Princípio se funda nas garantias processuais consagradas na CRP¹¹⁸ (aplicáveis igualmente em sede contra-ordenacional), e bem assim que o direito ao silêncio é extensível “a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, ainda que não criminal”¹¹⁹. Com efeito, o entendimento destes autores acerca do conteúdo do Princípio, e em concreto do direito ao silêncio, é bastante mais abrangente que o do autor cuja posição se expôs no ponto anterior. Na verdade, e de acordo com aqueles, as expressões *direito ao silêncio* e *direito à não auto-incriminação* não se referem exactamente à mesma realidade, mas estão indissociavelmente ligadas, uma vez que “não lhe sendo reconhecido o direito a manter-se em silêncio, o arguido seria obrigado a pronunciar-se revelando informações que o podem eventualmente prejudicar”¹²⁰, contribuindo para a sua incriminação.

Para os autores, o direito ao silêncio tem aplicação sempre que “o cumprimento da prestação da informação exponha a pessoa ao perigo de uma perseguição penal”¹²¹, ou seja, aplicar-se-á quanto à entrega de documentos e outros elementos solicitados no decorrer de uma investigação de carácter penal, pese embora com algumas restrições. Com efeito, o âmbito daquele direito é restringido mesmo no processo penal, que à partida seria o seu espaço pleno de aplicação. Veja-se, a título de exemplo, o art. 61.º, n.º 3, do CPP. Todavia, a validade constitucional de tais restrições dependerá da obediência a dois pressupostos: (i) legalidade, que exige a previsão expressa em lei prévia, e (ii) proporcionalidade, de acordo com o

¹¹⁸ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 41-42.

¹¹⁹ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 46.

¹²⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 38.

¹²¹ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 44.

princípio previsto no art. 18.º, n.º 2, da CRP, nas suas três vertentes¹²², cuja apreciação só poderá ser feita face às circunstâncias concretas de cada caso. Essencial para esta construção é o facto de, como já se referiu, o direito ao silêncio, enquanto garantia de defesa, ser considerado aplicável no âmbito contra-ordenacional¹²³. Contudo, sendo este um direito sancionatório menos gravoso que o direito penal, ainda que essencial ao desempenho da função reguladora do Estado na defesa da concorrência, as restrições impostas (e admitidas) ao direito ao silêncio serão naturalmente maiores. É o caso da consagração do Dever, que constitui um exemplo claro de uma restrição, na opinião dos autores, justificada pela sua essencialidade para o cumprimento cabal da missão da AdC. Acresce a isto o facto de, no domínio da concorrência, estarem essencialmente em causa pessoas colectivas, sujeitos diferentes daqueles que tradicionalmente são protegidos pelo Princípio no direito penal – as pessoas singulares – o que será mais um argumento a favor de uma aplicação menos exigente do mesmo¹²⁴. Nessa medida, consideram que o direito ao silêncio não poderá ter uma eficácia absoluta no âmbito contra-ordenacional, que qualificam como direito penal secundário, como de resto não acontece sequer no direito penal “clássico”. Esta será, na sua opinião, a única forma de preservar o “núcleo essencial das garantias processuais, assim como o núcleo essencial das funções estaduais de controlo e vigilância necessárias ao cumprimento das tarefas fundamentais que a Constituição reconhece ao Estado”¹²⁵, sendo certo que eventuais restrições só serão admissíveis se respeitarem os requisitos acima mencionados¹²⁶.

Assim, também para estes autores, em princípio, as empresas não poderão recusar-se a entregar documentos com base no Princípio – no entanto, esta obrigação de entrega de documentos (resultante da consagração do Dever) será qualificada como uma restrição (admissível) ao seu direito ao silêncio e à não auto-incriminação (diferentemente do considerado por COSTA PINTO). Concluem ainda que, face ao exposto, “o aproveitamento das informações [agora expressamente previsto] recolhidas no âmbito da supervisão [cujo fornecimento é obrigatório] para instruir um processo contra-ordenacional não constitui violação do princípio da proibição da auto-incriminação, antes conforma uma restrição a este

¹²² Necessidade, adequação e justa medida.

¹²³ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 55, de acordo com o disposto no art. 32.º, n.º 10 CRP.

¹²⁴ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 47.

¹²⁵ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 47-48.

¹²⁶ No que toca à legalidade, o requisito parece estar cumprido dada a previsão expressa do Dever na LdC.

direito, prevista na lei e permitida pela Constituição”¹²⁷. Desta forma, os elementos obtidos não constituirão provas proibidas para efeitos do art. 126.º do CPP uma vez que, ao seguir o regime previsto na lei, a AdC não estará a criar no arguido “uma convicção errónea” que motive a prestação de prova por parte do mesmo, ainda que desconheça o regime legal¹²⁸. Diferente será o caso da sujeição a interrogatórios no âmbito de um processo sancionatório posterior, caso em que será invocável o direito ao silêncio para recusar licitamente responder a perguntas colocadas pelas autoridades competentes¹²⁹.

De referir que no DVM, âmbito em que este raciocínio é construído, o processamento de contra-ordenações está integrado no procedimento de supervisão levado a cabo pela Comissão de Mercado dos Valores Mobiliários, diferentemente do que acontece na LdC. Tal diferença poderá não permitir a transposição total do encadeamento de argumentos usado, ou pôr em causa alguma da sua força, uma vez o raciocínio apresentado assenta em pressupostos ligeiramente diferentes.

Já no domínio da concorrência, SOUSA MENDES apresenta uma posição semelhante: no âmbito da LdC é inevitável a restrição do direito à não auto-incriminação das empresas arguidas, “sejam elas corporizadas por pessoas singulares ou por pessoas colectivas”¹³⁰, uma vez que a consagração expressa do Dever implica uma “excepção ao direito à não auto-incriminação no âmbito dos procedimentos sancionatórios da competência da AdC”¹³¹. Por outro lado, *ex vi* art. 32.º, n.º 10, da CRP, o autor classifica aquele direito como uma garantia indeclinável no âmbito de qualquer processo sancionatório que, no entanto, é comprimida pela existência do Dever. Também o direito ao silêncio e restantes direitos de defesa do arguido serão aplicáveis via art. 41.º, n.º 1, do RGCO¹³². Contudo, e seguindo de perto a jurisprudência da UE (que comprime significativamente o Princípio, embora não o exclua), o

¹²⁷ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 49.

¹²⁸ JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 54.

¹²⁹ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 49.

¹³⁰ PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Paz Ferreira, Eduardo, Morais, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo, Coimbra, Almedina, 2009, p. 716.

¹³¹ PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 714.

¹³² PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 713.

autor conclui pela existência de “profundas restrições no âmbito da LdC”¹³³ ao Princípio justificadas, mais uma vez, pela importância da defesa da concorrência para a sociedade e para a proteção do interesse público. Todavia, aborda a questão de uma perspectiva já referida e algo distinta¹³⁴: assume que “as actividades económicas ligadas ao exercício do direito de iniciativa privada (art. 61º da CRP) não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos (...)”¹³⁵, o que justifica a consagração do dever de colaborar com a autoridade reguladora. Com efeito, os particulares que escolham exercer tais actividades deverão estar conscientes, de antemão, das exigências que lhes poderão ser feitas pelo Estado, e deverão estar dispostos a abdicar “das tradicionais garantias de protecção” diante do mesmo, nomeadamente daquelas “de que desfrutam quando se trata simplesmente da sua actuação livre no campo dos direitos fundamentais”¹³⁶. Assim, além de aceitável, o autor apresenta a existência de limitações à invocação do Princípio como indispensável para o desempenho da missão da AdC, e inevitável face à escolha pelo exercício de uma actividade económica. No entanto, faz a seguinte ressalva: a empresa investigada poderá “não fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção em causa, cuja prova cabe à AdC”¹³⁷, invocando o Princípio. Destarte, segue o autor a jurisprudência da UE: o Princípio apenas poderá ser invocado para fundamentar a recusa a responder a perguntas das quais possa resultar a admissão da adopção de comportamentos anti-concorrenciais, com a consequente auto-incriminação, mas não poderá justificar a recusa a fornecer informação factual, como é o caso de documentos, ainda que futuramente possam vir a constituir provas auto-incriminatórias¹³⁸.

Ainda dentro da mesma linha de entendimento, e pronunciando-se também no domínio específico da concorrência, encontra-se FÁTIMA REIS SILVA, juíza do Tribunal de Comércio de Lisboa (o “TCL”), cuja posição se aproxima muito da jurisprudência deste, o

¹³³ PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 716.

¹³⁴ Adoptada também pelo Ac. do TC 461/2011, ponto 13.

¹³⁵ PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 717.

¹³⁶ PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 717.

¹³⁷ PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, cit., p. 142.

¹³⁸ Cf. PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, cit., p. 127.

que é natural face às funções que desempenha (lidando de perto com a questão em apreço). Desde logo, importa esclarecer que, para a autora, o direito ao silêncio é apenas uma das manifestações concretas de uma realidade mais vasta – o Princípio, que poderá ser invocado pelas pessoas colectivas, como já se viu, graças ao art. 12.º, n.º 2, da CRP¹³⁹.

Segundo a autora, o artigo do CPP que consagra o direito ao silêncio só seria subsidiariamente aplicável ao processo sancionatório relativo a práticas restritivas se, no caso concreto, o recurso aos preceitos de direito processual penal fosse “necessário e admissível”¹⁴⁰. Tal aconteceria se existisse, no regime previsto na LdC e relativamente a esta questão, uma lacuna que devesse ser suprida, ou seja, um aspecto não regulado e cuja regulação fosse necessária. Dada a consagração expressa do Dever (e do correspondente poder da AdC solicitar informações), a autora entende que o “legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos em contrário”¹⁴¹, como é o caso do artigo do CPP que consagra o direito ao silêncio, não existindo por isso qualquer lacuna que dê lugar à sua aplicação subsidiária (o que, aliás, seria contrário ao que parece ser a vontade expressa do legislador).

No entanto, a autora não afasta liminarmente a aplicabilidade do Princípio e, conseqüentemente, do direito ao silêncio. Com efeito, considera o primeiro uma decorrência do princípio da presunção da inocência do arguido¹⁴², defendendo que “a impossibilidade de obrigar alguém a contribuir para a sua própria condenação é decorrência da imposição absoluta do ónus da prova da infracção ao acusador e da inexistência de ónus da prova a cargo do acusado”¹⁴³. Sendo o princípio da presunção da inocência directamente aplicável no processo contra-ordenacional “com todas as suas conseqüências, nomeadamente ao nível do ónus da prova e do princípio do *in dubio pro reo*”¹⁴⁴, atento o disposto no art. 32.º, n.º 2, da CRP, também o Princípio (que dele decorre) será aplicável no âmbito do processo sancionatório previsto na LdC, embora não com a mesma extensão que em processo penal¹⁴⁵.

¹³⁹ Cf. FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p. 65 e 6.5. *supra*.

¹⁴⁰ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p. 60.

¹⁴¹ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p. 61.

¹⁴² Previsto no art. 32.º, n.º 2 CRP.

¹⁴³ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p.64.

¹⁴⁴ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p. 63.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., pp. 205-207; PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, cit., p. 127.

Diferentemente, o Princípio não será aplicável no procedimento administrativo de supervisão da AdC.

Fundamentada que está a aplicabilidade do Princípio, cumpre indagar da extensão com que é feita. Esta distinção quanto à forma de aplicação resulta da “inexistência de uma equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal”¹⁴⁶, o que origina diferenças ao nível dos respectivos processos, como já se viu, justificando-se uma aplicação mais restrita do Princípio no âmbito contra-ordenacional (que se coaduna com a sua natureza menos gravosa).

Assim, FÁTIMA REIS SILVA soluciona o problema da compatibilização do Princípio com o Dever, confrontando, mais uma vez, a essencialidade do Dever para a actividade da AdC, que na sua opinião é instrumental da livre iniciativa económica (um direito económico, social e cultural, doravante DESC), e o princípio da presunção da inocência, instrumental da liberdade e segurança, e do qual decorre o Princípio. Tendo em conta a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (“DLG”) do direito à livre iniciativa económica, bem como a evolução da legislação da concorrência e da jurisprudência da UE, a autora conclui pela admissibilidade de uma transposição total para o direito interno da posição adoptada pelo TJ¹⁴⁷ no sentido da “inexistência de obrigação de fornecer respostas através das quais se seja levado a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão, não extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso”¹⁴⁸. Destarte, a autora admite uma restrição do Princípio, que considera respeitar o respectivo núcleo essencial, tendo em conta sobretudo a natureza menos gravosa do processo contra-ordenacional e a importância da concorrência para o correcto funcionamento do mercado. Esta posição permite que a AdC desempenhe a sua função, impondo simultaneamente alguns limites ao seu poder de exigir a colaboração das empresas arguidas, que não constam da letra da lei, mas que são essenciais para o respeito das garantias de defesa daquelas.

HELENA MAGALHÃES BOLINA pronuncia-se no mesmo sentido, ainda que no âmbito do DVM, afirmando mesmo que “os elementos recolhidos pela CMVM (...) ao abrigo de um

¹⁴⁶ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p.62.

¹⁴⁷ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., pp. 66-72. No mesmo sentido: MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pp. 169 ss, justificando a compressão do Dever com base nos direitos fundamentais vigentes no Direito da UE.

¹⁴⁸ FÁTIMA REIS SILVA, ob. cit., p.72 – posição que acaba por ser próxima da de COSTA PINTO, residindo a diferença no facto de este autor não admitir a existência de uma restrição do direito ao silêncio das empresas em consequência do Dever.

dever geral de colaboração [que o exercício de uma actividade regulada impõe] (...) devem ser admitidos como prova em processo de contra-ordenação em que sejam visadas as entidades que entregaram esses elementos”¹⁴⁹. Este entendimento valerá tanto para documentos como para outros elementos factuais relativos à actividade supervisionada, que se afiguram “essenciais para a avaliação das operações realizadas”¹⁵⁰, e tem como fundamento a necessidade de uma supervisão efectiva – o controlo do cumprimento da LdC depende do poder de responsabilização dos infractores que aquela tenha.

Finalmente, conduzindo a uma solução em tudo semelhante às apresentadas, mas enveredando por um caminho algo diferente, está CATARINA ANASTÁCIO.

Desde logo, a autora afasta a aplicação subsidiária do CPP por não existirem lacunas, dado que a LdC prevê um “regime claro e completo”¹⁵¹, com o qual o legislador parece querer afastar a possibilidade de invocação do Princípio. No entanto, admite que este será invocável por força da aplicação directa do art. 32.º, n.º 2, da CRP. Assim, classifica a situação como uma colisão de direitos fundamentais: nem o Princípio nem o direito fundamental à iniciativa económica privada, cuja concretização depende em parte da defesa da concorrência a cargo da AdC, para a qual é essencial o Dever, poderão ser plenamente exercidos neste contexto. A solução proposta passa então por uma restrição do conteúdo do Princípio que respeite o princípio da proporcionalidade (aferida no caso concreto). Nessa medida conclui que, no âmbito da LdC, o Princípio deve ser restringido ao seu núcleo essencial¹⁵², sendo invocável para recusar a colaboração apenas quando desta resulte uma admissão expressa e não voluntária de participação numa infracção, não podendo a AdC “usar como meios de prova declarações que tenham sido prestadas sob coerção e sejam auto-incriminatórias”¹⁵³. CATARINA ANASTÁCIO não admite, portanto, a recusa de entrega de um documento baseada no argumento de que poderá vir a ser usado como prova da infracção em causa, uma

¹⁴⁹ HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O Direito ao Silêncio e o Estatuto dos Supervisionados à luz da aplicação subsidiária do Processo Penal aos processos de Contra-ordenação no Mercado de Valores Mobiliários”, in *Revista do CEJ*, nº14, 2º Semestre, Almedina, 2010, p. 428.

¹⁵⁰ HELENA MAGALHÃES BOLINA, ob. cit., p. 427.

¹⁵¹ CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 206.

¹⁵² Que a autora define como sendo a proibição de alguém “ser coagido a emitir declarações auto-incriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação numa infracção” – cf. CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 217.

¹⁵³ Consideradas como aquelas em que o declarante admite directa e expressamente a sua participação na infracção, e não todas aquelas que possam vir a ser usadas como meio de prova – cf. CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 223.

vez que é exactamente esse (*i.e.* a obtenção de elementos relevantes) o objectivo da consagração do Dever sem qualquer limitação, bem como dos poderes de efectuar buscas e apreensões conferidos à AdC. No entanto, a autora acaba por ressaltar o caso de “documentos preexistentes cuja entrega tenha um efeito equivalente à admissão da infracção”, afirmando que, pelo menos em teoria, deveria estar incluída no “círculo de protecção” do Princípio, o que significaria que as empresas poderiam recusar a entrega de tais documentos com base naquele¹⁵⁴.

7.4. Exclusão de uma verdadeira restrição ao Princípio

Esta última posição, defendida por SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, sendo a que mais salvaguarda o Princípio (limitando consequentemente o Dever), parte do entendimento de que o direito à não auto-incriminação engloba tanto a possibilidade de recusa de resposta a questões colocadas, que constitui o direito ao silêncio, como a possibilidade de recusa de entrega de documentos solicitados¹⁵⁵. Para estes autores, o direito ao silêncio representa o núcleo quase absoluto do Princípio¹⁵⁶, sem prejuízo deste englobar outras realidades, como é o caso da entrega de documentos. De outra forma, ficariam sem protecção outras situações que, à semelhança da prestação de declarações, podem contribuir para a incriminação do arguido.

Tal como a restante doutrina, os autores consideram que a adstrição ao Dever é justificada pela sua importância para a actividade da AdC, sendo certo que no âmbito da fiscalização puramente administrativa não colidirá com o Princípio¹⁵⁷. O mesmo já não acontece num processo contra-ordenacional, caso em que, entendem os autores, “os deveres de cooperação devem ceder a partir do momento em que o seu cumprimento revista para o destinatário um significado auto-inculpatório”¹⁵⁸. Por isso, a partir do momento em que a AdC suspeite da existência de uma infracção e pretenda solicitar elementos relativos à mesma, deverá comunicar à empresa em questão a sua constituição como arguida¹⁵⁹, para que passe a beneficiar do acervo de direitos e deveres que lhe é inerente. Esta solução será a que melhor acautela tanto o direito à não auto-incriminação, permitindo o seu exercício informado por

¹⁵⁴ CATARINA ANASTÁCIO, *ob. cit.*, p. 230.

¹⁵⁵ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *ob. cit.*, pp. 19-21 e 76.

¹⁵⁶ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁵⁷ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *ob. cit.*, p. 75.

¹⁵⁸ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *ob. cit.*, p. 75.

¹⁵⁹ Nos termos do art. 58.º, n.º1, al. a) CPP – cf. AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *ob. cit.*, p. 75.

parte das empresas investigadas, como o desempenho da função da AdC, essencial para o cumprimento do art. 81.º, al. f), da CRP, uma vez que aquela sempre se poderá servir dos seus poderes de inquérito para obter os elementos de que necessita, realizando buscas, exames e apreensões¹⁶⁰. Referem ainda os autores que, caso a entrega dos elementos solicitados seja voluntária, estes já poderão ser utilizados como prova em processo contra-ordenacional, desde que a empresa tenha sido informada da possibilidade de recusar tal entrega¹⁶¹. Ora, o novo art. 31.º, n.º 5, da LdC permite a utilização posterior de tais elementos e, embora preveja a obrigatoriedade de comunicação do âmbito em que o pedido é feito, em lado algum surge a referência (ou salvaguarda) do direito à não auto-incriminação da empresa investigada, ou pelo menos a obrigatoriedade de informar a empresa que dele beneficia. Assim, não tendo o legislador resolvido a questão, parece que a posição destes autores continua a ser pertinente, exigindo a comunicação do referido direito como única forma de evitar que a empresa se auto-incrimine de forma antecipada e inconsciente. Da posição dos autores parece resultar que, caso os elementos sejam fornecidos voluntariamente pelas empresas, mas sem que a referida comunicação lhes tenha sido feita, não poderão ser valorados num subsequente processo contra-ordenacional (ao arrepio do que agora está expressamente previsto na LdC). Sendo feita comunicação pela AdC nos termos referidos, dois cenários são possíveis para estes autores: (i) a empresa entrega elementos, que poderão ser valorados, ou (ii) a empresa invoca o seu direito à não auto-incriminação, recusando-se a entregar quaisquer elementos, restando à AdC recorrer às suas prerrogativas de inquérito.

Esta solução é abertamente criticada por HELENA MAGALHÃES BOLINA, que considera que os dois autores não alcançam qualquer equilíbrio entre as duas realidades em conflito, optando, na verdade, pela “vigência irrestrita e sem quaisquer limitações”¹⁶² do Princípio, da qual resultará a impossibilidade da AdC exigir a entrega de elementos relevantes, bem como uma limitação à utilização de elementos que eventualmente tenha recolhido para a instrução de um subsequente processo contra-ordenacional. No limite, esta orientação poderá esvaziar de conteúdo a consagração do Dever, bem como a obrigação de conservação de documentos,

¹⁶⁰ De notar que CATARINA ANASTÁCIO refere a consagração de tais poderes da AdC como argumento em sentido contrário, ou seja, a favor da “exclusão da entrega de documentos do âmbito do princípio *nemo tenetur* no âmbito do Direito da Concorrência” uma vez que dão a possibilidade à AdC de obter os documentos que pretende, mas sem que a prerrogativa da não auto-incriminação possa ser invocada e sem que se violem quaisquer direitos de defesa – cf. CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., pp. 229-230.

¹⁶¹ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p.77.

¹⁶² HELENA MAGALHÃES BOLINA, ob. cit., p.412.

inutilizando a supervisão da AdC, na medida em que a torne incapaz de responsabilizar e sancionar as empresas infractoras por falta de elementos para instruir os respectivos processos. A autora desvaloriza ainda a possibilidade de recurso pela AdC aos seus poderes de busca para obviar à dificuldade levantada pela não colaboração das empresas, referida por SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS como contrapeso da posição adoptada, por se tratar de uma prática onerosa e que poderá prejudicar a reputação da própria empresa. Com efeito, o exercício de tais poderes pela AdC levará eventualmente à obtenção dos mesmos elementos que a empresa se recusou a fornecer (o que acaba por invalidar a protecção aparentemente conferida pelo Princípio), levando apenas à utilização de mais recursos¹⁶³.

No seu texto, HELENA MAGALHÃES BOLINA não parece fazer a distinção, feita pelos autores que critica, das situações em que o pedido de elementos seja precedido da comunicação acima referida, caso em que a sua utilização seria admissível (talvez por não considerar que tal distinção seja, na prática, relevante, ou porque a colaboração das empresas, quando lhes seja oferecida a possibilidade de não o fazerem, será pouco significativa¹⁶⁴).

Finalmente, e escrevendo desacompanhada, VÂNIA COSTA RAMOS chega à mesma conclusão, embora analisando a questão de um prisma algo diferente: afirma que a defesa da concorrência, embora proteja, entre outros, o direito fundamental à iniciativa privada, não tem tal natureza, sendo “apenas” uma tarefa constitucional do Estado¹⁶⁵. Assim, o Princípio, tratando-se efectivamente de um direito fundamental, terá um valor claramente superior, sobrepondo-se. Mais: o direito à não auto-incriminação faz parte dos DLG, estando consagrado no art. 32.º da CRP, enquanto que o direito à livre iniciativa privada é um DESC, considerado de natureza análoga aos DLG¹⁶⁶, mas que tem uma posição mais fraca em caso de confronto¹⁶⁷. A ponderação a ser feita é, na perspectiva desta autora, entre um direito fundamental e uma tarefa fundamental do Estado, que naturalmente terá um valor inferior. Dada a diferente “relevância constitucional”, e sendo necessária a compatibilização, deverá

¹⁶³ Para maior desenvolvimento ver HELENA MAGALHÃES BOLINA, ob. cit., pp. 414-417.

¹⁶⁴ A este propósito ver Anexo I sobre o sistema de incentivos e regime da clemência da presente dissertação.

¹⁶⁵ VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., p. 191.

¹⁶⁶ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 374; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 144.

¹⁶⁷ Cf. hierarquia organizada em JORGE MIRANDA, ob. cit., pp. 163-164.

ser “sacrificado” o princípio com menor valor¹⁶⁸ (no caso, a livre iniciativa económica e, consequentemente, o Dever). Esta posição difere da orientação adoptada pelo TCL e por CATARINA ANASTÁCIO, que tratam as duas realidades de forma equivalente. Mas ainda que se assumisse essa equivalência, haveria que aferir da proporcionalidade da solução de restringir o Princípio. Assim, e desde logo, a autora põe em dúvida a necessidade da restrição, por não parecer indispensável para a protecção da livre iniciativa económica, face aos poderes de inquérito da AdC, que fazem diminuir a importância da colaboração voluntária das empresas (já que aquela poderá recorrer aos seus próprios meios para obter as provas necessárias à investigação). Também o regime de clemência¹⁶⁹ constitui um incentivo à colaboração das empresas, se estas pretenderem dele beneficiar, caso em que colaborarão sem que haja violação do seu direito à não auto-incriminação. Relativamente à vertente da adequação, a restrição do Princípio aparenta ser, de facto, eficaz na obtenção de informação que permita a defesa da concorrência - argumento que tem sido usado pela AdC para a justificar. Por fim, e tendo em conta a já referida diferente natureza das duas realidades, a autora considera que a restrição do Princípio é desproporcional face à finalidade de defesa da concorrência invocada, não cumprindo o critério da justa medida¹⁷⁰.

VÂNIA COSTA RAMOS acaba por concluir que “os deveres de cooperação devem ceder a partir do momento em que o seu cumprimento revista para o destinatário um significado auto-incriminatório”¹⁷¹, o que, na prática, se traduzirá na obrigação de a AdC comunicar a constituição de arguido nos termos do art. 58.º, n.º 1, al. a), do CPP, a partir do momento em que suspeite da prática de uma infracção e pretenda pedir informações à empresa¹⁷², passando esta a poder invocar o Princípio para recusar tanto a prestação de declarações como a entrega de documentos¹⁷³ (o que não impedirá a AdC de recorrer aos seus poderes de investigação, para desempenhar a sua missão).

¹⁶⁸ Cf. VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., p. 191.

¹⁶⁹ Previsto na LdC e cujo impacto é brevemente analisado no Anexo I.

¹⁷⁰ Que exige que os benefícios provenientes da restrição sejam maiores que os custos por ela gerados.

¹⁷¹ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., p. 193. No mesmo sentido: AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., p. 75.

¹⁷² Como já se referiu acima, esta obrigação de comunicação prévia visa garantir a possibilidade de exercício do direito à não auto-incriminação e evitar a confusão gerada pelo facto de ser a mesma entidade a promover os procedimentos de supervisão e sancionatórios. No mesmo sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, ob. cit., p. 252.

¹⁷³ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., p. 194.

8. A questão na jurisprudência portuguesa

Para além de analisar a questão de um ponto de vista doutrinário, é igualmente importante fazê-lo de um ponto de vista jurisprudencial, uma vez que são os tribunais que determinam a solução efectivamente aplicada às empresas.

O TCL tem adoptado uma orientação relativamente constante, seguindo de perto a jurisprudência dos tribunais da UE, quando chamado a pronunciar-se sobre a questão no âmbito de recurso interposto de decisão administrativa da AdC que aplique coimas ou outras sanções (nos termos do art. 50.º, n.º 1, da anterior LdC). Actualmente, cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 88.º da LdC).

Nas suas decisões, o TCL tem considerado¹⁷⁴ que o Dever não determina, por si só, uma violação do direito à não auto-incriminação, e consequentemente ao silêncio. Assim, e com um raciocínio muito semelhante ao de FÁTIMA REIS SILVA, juíza do referido tribunal, este estabeleceu a aplicabilidade do Princípio no âmbito de processos contra-ordenacionais por via da sua consagração constitucional (com um alcance mais restrito que no processo penal), afastando a aplicação subsidiária dos preceitos do CPP, dada a inexistência de lacunas¹⁷⁵. No que respeita à conciliação do Dever, essencial para a defesa da concorrência (que por sua vez é instrumental da livre iniciativa económica), com o Princípio, com natureza de direito fundamental, o TCL recorreu a um juízo de ponderação, admitindo a compressão deste último face à importância do primeiro. Contudo, salvaguardou o respeito pelo núcleo essencial constituído pelo direito ao silêncio interpretado de forma restrita, ou seja, como abrangendo apenas a resposta a perguntas incriminatórias. Desta forma, o TCL impõe a obrigação de entrega de documentos em cumprimento do Dever, ainda que venham a contribuir para a incriminação da empresa, salientando que esta poderá exercer posteriormente o contraditório, de forma a destruir a força probatória dos elementos fornecidos¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Nomeadamente nos processos 261/06.1TYLSB, com sentença de 28 de Julho de 2006; 205/06.0TYLSB, com sentença de 8 de Maio de 2007; e 1050/06.9TYLSB, com sentença de 10 de Agosto de 2007.

¹⁷⁵ Existe, no entanto, alguma jurisprudência minoritária que considera que o Princípio é aplicável por via das disposições do CPP que consagram o direito ao silêncio.

¹⁷⁶ Argumento criticado abertamente por VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., pp. 186-187, invocando o carácter factual dos elementos fornecidos, o que os tornará insusceptíveis de outra interpretação. Assim, a investigada sempre contribuirá para a sua incriminação, uma vez que a possibilidade substantiva de defesa quanto a tais elementos é diminuta, não podendo no entanto recusar-se a fornecê-los, sob pena de praticar uma infracção.

Esta orientação, embora não conceda totalmente à argumentação da AdC de que não existiria qualquer direito ao silêncio nos processos contra-ordenacionais por si instruídos, em resultado da consagração expressa do Dever pelo legislador, é também mais restrita do que a defendida por parte da doutrina acima referida. Assim, são expectáveis as críticas tecidas por VÂNIA COSTA RAMOS, desde logo pela equiparação da natureza das duas realidades em conflito¹⁷⁷. A autora defende também a existência de uma aproximação entre os ilícitos penais e contra-ordenacionais, nomeadamente no montante das sanções aplicadas, o que torna menos justificável a diferenciação feita quanto aos respectivos processos sancionatórios (já tendo mesmo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (o “TEDH”) declarado que os processos por infracção às normas da concorrência tinham natureza penal para efeitos da CEDH)¹⁷⁸.

Recentemente, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a “inconstitucionalidade normativa que resulta da interpretação conjugada dos arts. 17.º, n.º 1, al. a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos à Autoridade da Concorrência”, por eventual violação dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1, 2, 8 e 10, todos da CRP¹⁷⁹, tendo concluído pela não inconstitucionalidade de tal interpretação¹⁸⁰. Sem a intenção de expor exhaustivamente a fundamentação apresentada, há que referir os pontos fundamentais em que assentou a decisão, ainda que relativa à LdC anterior. Desde logo, o TC salienta a importância da regulação transversal a cargo da AdC, contribuindo para a realização de direitos económicos e sociais, nomeadamente os dos consumidores, e justificando os poderes conferidos à mesma. Reitera também a ideia de que os poderes sancionatórios são “condição de eficácia da própria função de supervisão”, e daí a consagração do Dever. Por outro lado, reconhece a natureza constitucional do Princípio, embora com menos força garantística no âmbito contra-ordenacional, dada a sua menor “ressonância ética, comparativamente com o ilícito criminal”¹⁸¹. No entanto, o TC entende que o art. 32.º, n.º 10, da CRP, “implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional (...) sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações

¹⁷⁷ Cf. posição exposta em 7.4. *supra* e patente em VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit.

¹⁷⁸ Consultar, para maior desenvolvimento, VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, cit., pp. 188 ss.

¹⁷⁹ Questão de que resultou o seu Ac. 461/2011, de 11 de Outubro.

¹⁸⁰ Cf. Ponto 17 do mesmo Ac.

¹⁸¹ Ponto 11 do mesmo Ac.

que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade”¹⁸², não assegurando ao arguido todas as garantias do processo criminal. Ora, nessa medida, considerou admissível a compressão do Princípio através da consagração do Dever, como “contrapartida pelo exercício de actividades económicas sujeitas a regulação”¹⁸³, sendo as informações fornecidas em cumprimento do mesmo (em processo de supervisão) utilizáveis num subsequente processo contra-ordenacional¹⁸⁴. Uma vez que a AdC se encontrava vinculada a investigar as infracções de que tivesse conhecimento, os agentes sujeitos à sua regulação deveriam estar cientes de “que qualquer informação que indície a prática de uma infracção contra-ordenacional terá que desencadear investigação destinada a apurar do seu efectivo conhecimento”¹⁸⁵. Assim, o TC considerou que, neste âmbito, o Princípio engloba apenas a “possibilidade de não prestar declarações ou responder a perguntas sobre os factos imputados”, que constituiria o seu conteúdo essencial, ficando a porta aberta para a exigibilidade de entrega de quaisquer documentos às empresas.

¹⁸² Ponto 11 do mesmo Ac.

¹⁸³ Cf. ponto 13 do mesmo Ac., e tal como defendido por PAULO SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, cit., p. 717 (7.3. *supra*).

¹⁸⁴ Tal como defendido por FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., p. 106, referido *supra* em 7.2.

¹⁸⁵ Cf. ponto 14 do mesmo Ac.

9. Jurisprudência no âmbito da UE

Como já se disse, o TCL segue de perto a jurisprudência do TJ (a qual diverge em alguns pontos da do TEDH, tribunal que vela pela aplicação da CEDH).

Ao nível da UE, a CE tem a faculdade de pedir informações às empresas, de forma a recolher as provas necessárias ao desempenho das suas funções¹⁸⁶. Contudo, também aqui o Princípio surge como uma barreira a esse poder, cujo alcance tem vindo a ser construído e delineado pelo TJ¹⁸⁷. Não se pretendendo fazer uma exposição pormenorizada da evolução de tal jurisprudência¹⁸⁸, parece pertinente e indispensável, no entanto, referir as pedras angulares e considerações gerais que dela resultam.

Claramente emblemático da jurisprudência da UE nesta matéria é o Ac. Orkem¹⁸⁹, em que o TJ, por um lado, confirma o poder da CE de exigir das empresas informações e documentos que possam vir a servir como prova da prática de infracções¹⁹⁰, mas em que, por outro lado, reconhece que tal pedido não pode “prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa”, afirmando que a CE não poderá “impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão”¹⁹¹. Assim, as empresas poderão recusar responder a perguntas que induzam a confissão de uma determinada prática¹⁹². Estes princípios são reiterados em acórdãos subsequentes, que desenvolvem alguns aspectos adicionais, nomeadamente a conciliação com a jurisprudência do TEDH (pese embora esta diga respeito a pessoas singulares, e não a pessoas colectivas,

¹⁸⁶ Cf. art. 17.º do Regulamento 1/2003, que reforçou seus os poderes de inquérito – considerando 25.

¹⁸⁷ De salientar a relevância da jurisprudência para a evolução da defesa dos direitos fundamentais das empresas, nomeadamente através do escrutínio da atuação da CE e da compatibilização dos seus poderes com aqueles direitos – cf. HELENA GASPAS MARTINHO, “Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 3, Julho-Setembro, 2010, p. 260.

¹⁸⁸ Para tal consultar, entre outros, HELENA GASPAS MARTINHO, “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da Concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, I, 1, Janeiro-Março 2010; PETER R. WILLIS, «“You have the right to remain silent...” or do you? The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions», in *European Competition Law Review*, Issue 8, 2001; e PAULO SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, cit.

¹⁸⁹ Ac. Orkem, SA vs Comissão, de 18 de Outubro de 1989, processo 374/87.

¹⁹⁰ Poder esse que, mais tarde, viria a considerar como indispensável para a manutenção do efeito útil dos poderes de supervisão e sancionatórios da CE, essenciais para a existência de concorrência sem distorções no mercado único – cf. Ac. Tokai Carbon Co. Ltd e outros vs. Comissão, 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.

¹⁹¹ Pontos 34 e 35 do Ac. Orkem.

¹⁹² Entendimento que decorre igualmente do considerando 23 do Regulamento 1/2003.

razão pela qual não é aqui analisada¹⁹³). É, por isso, especialmente relevante o estabelecido no Ac. Mannesmannröhren-Werke¹⁹⁴, segundo o qual a jurisprudência do TEDH entretanto produzida não derroga a jurisprudência Orkem, reiterando-se mesmo que a CEDH não é directamente invocável perante o TJ. No entanto, mais tarde, este acabou por reconhecer que a jurisprudência do TEDH deveria ser tida em conta na interpretação de princípios e direitos fundamentais, estabelecendo como requisito para a existência de uma violação dos direitos de defesa da empresa arguida que, no caso concreto, a resposta dada por esta equivalesse a uma confissão¹⁹⁵.

O Ac. Mannesmannröhren-Werke é ainda relevante por enumerar as situações que não são susceptíveis de violar os direitos de defesa das empresas, como é o caso da resposta às questões colocadas pela CE que se refiram apenas a factos¹⁹⁶, e da entrega de documentos pré-existentes (relativamente ao pedido da CE). Com efeito, a CE poderá, sob pena de se perder o efeito útil das disposições que lhe atribuem esse poder, obrigar a empresa a fornecer informações factuais, bem como a entregar documentos correlativos que possua, ainda que tal possa ser usado para provar a prática de uma contra-ordenação¹⁹⁷. Assim, a resposta só poderá ser lícitamente recusada pela empresa se implicar a admissão directa da prática de uma infracção, cuja prova cabe à CE. No que se refere à entrega de documentos, parece que esta será obrigatória sempre que CE a solicite, independentemente do seu tipo e conteúdo¹⁹⁸. A este propósito, são esclarecedoras as conclusões do Advogado-Geral apresentadas no âmbito do Ac. SGL Carbon¹⁹⁹ ao referirem que “o direito a não proferir declarações que possam ser auto-incriminatórias não se aplica à informação que existe, independentemente da vontade do

¹⁹³ Cf. Ponto 63 das Conclusões do Advogado-Geral I. A. Geelhoed, apresentadas a 19 de Janeiro de 2006, no processo C-301/04P.

¹⁹⁴ Ac. Mannesmannröhren-Werke AG vs. Comissão, de 20 de Fevereiro de 2001, processo T-112/98.

¹⁹⁵ Cf. Ac. Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) vs. Comissão, de 15 de Outubro de 2002, processo C-238/99P.

¹⁹⁶ Embora estas respostas possam vir a ser elementos integrantes de uma futura acusação, nomeadamente em conjugação com outros elementos recolhidos.

¹⁹⁷ Cf. Ac. Mannesmannröhren-Werke, n.º 65.

¹⁹⁸ Cf. Ac. Mannesmannröhren-Werke, n.º 65; Ac. Comissão vs. SGL Carbon AG, de 29 de Junho de 2006, processo C-301/04P; HELENA GASPAS MARTINHO, “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da Concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, cit., p. 164. CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 227-230, não concorda totalmente com esta “exclusão incondicional”, afirmando que a entrega de documentos que tenha um efeito equivalente à admissão de uma infracção talvez devesse ser incluída no âmbito de protecção do Princípio.

¹⁹⁹ Ac. Comissão vs. SGL Carbon AG, de 29 de Junho de 2006, processo C-301/04P.

arguido, como nomeadamente sucede com os documentos”, afirmando que os mesmos “podem constituir elementos de prova”²⁰⁰.

O TJ, tal como o TCL, argumenta que, nas situações referidas, não haverá violação dos direitos de defesa das arguidas, uma vez que estas sempre terão a possibilidade de exercer o seu direito ao contraditório, demonstrando que os factos resultantes das respostas e/ou documentos fornecidos “têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão”²⁰¹, não constituindo por isso prova da infracção²⁰².

Assim, o essencial da jurisprudência da UE impõe a obrigação de entrega dos documentos solicitados, ainda que contribuam para a prova de uma eventual infracção, e bem assim de resposta às questões colocadas pela CE, excepto se estas implicarem a admissão directa da prática de uma infracção no caso concreto. Nesse sentido, a CE deverá ser específica ao fazer os seus pedidos, referindo-se à prática suspeita, sem induzir a confissão das empresas. A prestação de informação factual à CE não poderá ser recusada, quer se trate de explicação de documentos ou de outro tipo de informação. Com efeito, o TJ considera que apenas haverá uma violação do Princípio se a resposta dada for equivalente, no caso concreto, a uma confissão, e se a empresa tiver contestado o alcance da pergunta da CE; ainda que seja este o caso, uma eventual decisão de condenação da CE apenas poderá ser posta em causa se tiver sido baseada em tal resposta²⁰³.

²⁰⁰ Ponto 67 das Conclusões do Advogado-Geral I. A. Geelhoed, apresentadas a 19 de Janeiro de 2006, no processo C-301/04P. Contudo, a independência da vontade do sujeito não parece ser um conceito com fronteiras fáceis de definir.

²⁰¹ Cf. Ac. Mannesmannröhren-Werke, n.º 78.

²⁰² Orientação reiterada no Ac. Tokai Carbon.

²⁰³ Para maior desenvolvimento consultar HELENA GASPAR MARTINHO, “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da Concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, cit., pp. 163 ss.

10. Considerações Finais

Apesar dos diferentes argumentos e justificações subjacentes às várias posições doutrinárias, todos os autores, e também a jurisprudência, são unânimes ao reconhecer às empresas arguidas a possibilidade de não responderem a questões incriminatórias formuladas pela AdC no âmbito de um processo sancionatório.

De facto, a negação às empresas arguidas de qualquer possibilidade de invocação do direito à não auto-incriminação no âmbito do processo sancionatório relativo a práticas restritivas não parece aceitável. Contudo, aplicar aí o Princípio em toda a sua extensão também não se afigura adequado, uma vez que inutilizaria, desde logo, a consagração do Dever e dificultaria a actuação da AdC, ao comprometer a sua capacidade de sancionar as infracções eventualmente identificadas.

Encontrar um ponto de equilíbrio que permita à AdC desempenhar a sua função e que, ao mesmo tempo, assegure às empresas a salvaguarda de um conteúdo mínimo do direito à não auto-incriminação de que são titulares neste âmbito (seja por aplicação subsidiária do CPP, seja por aplicação directa da CRP) não é simples. Por um lado, as empresas são pessoas colectivas, razão pela qual, face à sua natureza, não gozam da mesma protecção que as pessoas singulares, os sujeitos visados originalmente pelo Princípio. Por outro lado, as empresas em questão são arguidas num processo contra-ordenacional, como já se viu menos gravoso que o processo penal (em que os arguidos podem enfrentar a pena de prisão). Assim, parece excessivo que as empresas possam invocar o Princípio para justificar a recusa de toda e qualquer colaboração com a AdC, sob pena de deixar de ser possível investigar e punir os ilícitos que pratiquem, sobretudo quando se trate de práticas secretas, como é o caso dos cartéis.

A solução equilibrada estará, portanto, algures no meio, sendo certo que se afigura difícil traçar uma linha rígida que defina o âmbito de protecção do Princípio neste campo, sobretudo quando a lei nada dispõe sobre o assunto. Com efeito, a regulação desta questão de forma clara na lei é essencial para que as empresas saibam de antemão os limites do Dever e do Princípio, certeza que certamente favoreceria a celeridade do processo sancionatório.

A aprovação da nova LdC teria sido uma boa oportunidade para dirimir esta questão. Contudo, a única disposição relevante introduzida (o art. 31.º, n.º 5) não aborda directamente

o problema, e parece mesmo desconsiderar qualquer possibilidade de vigência do Princípio no âmbito sancionatório(o que não se afigura aceitável), ao determinar, sem mais, a possibilidade de utilização dos elementos recolhidos previamente.

Tendo em conta a orientação seguida pela jurisprudência nacional, bem como por parte da doutrina, a solução que se afigura razoável, e que provavelmente faria sentido reflectir na lei, passa pela salvaguarda de um núcleo do Princípio aquando do cumprimento do Dever pelas empresas, o que lhes permitiria não responder às perguntas potencialmente incriminatórias colocadas pela AdC.

A entrega de documentos é uma questão com contornos menos claros. Todavia, a orientação dominante aponta para a obrigatoriedade de entrega dos mesmos, independentemente do seu tipo e/ou conteúdo. Parte da doutrina considera que a protecção conferida à prestação de declarações deveria ser igualmente estendida aos “documentos preexistentes cuja entrega tenha um efeito equivalente à admissão da infracção”²⁰⁴, ressalva que parece fazer algum sentido, mas que, se não devidamente concretizada e definida na lei, poderia levantar incertezas e ser fonte de disputas quanto ao seu âmbito de aplicação (o que acontece actualmente quanto ao conflito entre o Princípio e o Dever e que, desejavelmente, deveria ser evitado).

Independentemente da posição adoptada ser mais ou menos restritiva do conteúdo do Princípio (e, conseqüentemente, do “raio de actuação” do Dever, cuja vigência não poderá ser irrestrita), o essencial parece ser, de facto, a adopção na lei, de forma clara e inequívoca, de uma solução para a questão, que permita às empresas e à AdC desenvolver as suas actividades com certeza e segurança, o que se reflectirá numa tramitação mais célere dos processos contras-ordenacionais nesta matéria.

²⁰⁴ CATARINA ANASTÁCIO, ob. cit., p. 230.

Anexo I

O Dever e o regime de clemência como incentivos à colaboração

A existência de uma consequência, directamente aplicável pela AdC, para o não cumprimento do Dever é sintomática da sua importância para o desempenho da missão daquela autoridade. A consequência estabelecida – prática de contra-ordenação – visa compelir as empresas a colaborarem, fornecendo à AdC informações que lhes permitam instruir o processo contra-ordenacional e, no limite, condená-las. Assim, impõe-se uma referência, ainda que breve, ao impacto real de tal incentivo.

Desde logo, a coima potencialmente aplicável pelo incumprimento do Dever²⁰⁵ é claramente inferior à coima que poderá vir a ser aplicada se a empresa for condenada por infringir as normas de defesa da concorrência²⁰⁶. Assim, apesar da cominação de uma sanção, é muito natural que as empresas escolham não colaborar, suportando a coima que lhes seja aplicada pelo incumprimento do Dever, mas certificando-se de que não serão alvo de um processo contra-ordenacional por infracção às regras de defesa da concorrência o qual, em caso de condenação, à partida terá um impacto financeiro muito superior. Para além desta diferença claramente decisiva no impacto financeiro, ao fazer uma análise custo-benefício dos dois cenários mencionados (colaborar ou não), a empresa investigada num processo contra-ordenacional terá certamente em conta outras consequências que daí poderão advir, nomeadamente os potenciais efeitos negativos da sujeição a um processo por práticas restritivas da concorrência ao nível da sua reputação no mercado (devido à associação, sobretudo pelos consumidores, do nome da empresa a esse tipo de práticas)²⁰⁷. Este poderá ser, certamente, mais um argumento a favor da escolha pela não colaboração, como forma de garantir o não prosseguimento de tal processo. O facto de ter de suportar uma coima por não colaborar, ainda que certa (mas de montante à partida inferior), poderá ser, em muitos casos,

²⁰⁵ Cujo montante máximo não pode exceder 1% do volume de negócios do ano anterior da empresa em questão, como decorre da conjugação da alínea *j*) do n.º 1 do art. 68.º com o n.º 3 do art. 69.º da LdC.

²⁰⁶ Cujo montante poderá ir até 10% do volume de negócios do ano anterior da empresa em questão, como decorre da conjugação da alínea *a*) do n.º 1 do art. 68.º com o n.º 2 do art. 69.º da LdC.

²⁰⁷ Caso a empresa investigada sofra danos patrimoniais ou morais causados pela actuação da AdC, esta poderá ser responsabilizada civilmente, sendo obrigada a indemnizar a empresa e causa – cf. PEDRO ALBUQUERQUE, MARIA DE LURDES PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 220 ss. e MENEZES CORDEIRO, António, “Defesa da concorrência e direitos fundamentais: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção”, in *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coord. Albuquerque, Ruy de, Menezes Cordeiro, António, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 155 ss.

preferível a correr o risco de condenação numa coima que poderá ir até 10% do seu volume de negócios e de ver a sua reputação afectada no mercado, sobretudo nos casos em que a colaboração da empresa seja o principal instrumento de que AdC disponha para obter elementos relevantes para o processo e subsequente condenação.

Contudo, importa salientar que a opção pela não colaboração com a AdC, que determina o incumprimento do Dever, poderá não ser apenas objecto de uma sanção contra-ordenacional. Com efeito, e como já mencionado anteriormente, ainda que a empresa pague a coima devida pelo incumprimento do Dever, continuará adstrita ao mesmo. Assim, se persistir no incumprimento, e caso o pedido de informação da AdC seja regularmente comunicado e acompanhado da correspondente cominação, a empresa poderá vir a ser responsabilizada pela prática do crime de desobediência simples (previsto e punido no art. 348.º do CP). A sanção aplicável nesta sede possui já carácter penal, pelo que poderá ter um peso maior na tomada de decisão das empresas. Não obstante, a ameaça resultante da consagração destas sanções poderá não ser suficiente para persuadir a empresa a colaborar, sobretudo se a sua colaboração for o elemento essencial de prova do processo sancionatório e se as repercussões de uma decisão condenatória forem elevadas. Nessa medida, poder-se-á mesmo chegar a um impasse, nomeadamente no âmbito contra-ordenacional: a empresa paga a coima, continua obrigada a colaborar mas não o faz. Qual a solução? No limite, parece que parte da questão poderá ser resolvida pelo recurso aos poderes de busca e apreensão da AdC, através dos quais aquela terá acesso pelo menos a parte dos documentos/informação que a empresa se recuse a fornecer. Naturalmente que, durante o lapso de tempo em que este processo se desenrola, a empresa terá a oportunidade de tomar medidas que visem inutilizar as buscas efectuadas pela AdC (cujos poderes são limitados espacialmente), nomeadamente destruindo ou ocultando documentos incriminatórios. Contudo, não parece haver um mecanismo que permita obviar totalmente a tal possibilidade, pelo que a alternativa será desenhar melhores incentivos à colaboração das empresas

A consagração na lei de um dever de colaboração, por si só e sem qualquer disposição sancionatória associada ao seu incumprimento, certamente não seria suficiente para que as empresas investigadas fornecessem informação relevante, sobretudo quando se tratasse de informação auto-incriminatória (isto ainda que o problema do direito à não auto-incriminação não se colocasse). No entanto, e face ao exposto, mesmo a sanção estabelecida na LdC,

poderá não surtir o efeito desejado em muitos casos, por não constituir incentivo suficiente à colaboração voluntária das empresas investigadas.

Esta conclusão parece ser igualmente reforçada pela previsão de um programa de clemência²⁰⁸, actualmente denominado *Dispensa ou redução da coima em processos de contra-ordenação por infracção às regras da concorrência*²⁰⁹, hoje parte integrante da LdC (arts. 75.º e seguintes), e que revogou o anterior diploma datado de 2006. Com efeito, a necessidade de estabelecer um regime que prevê a dispensa ou redução da coima aplicável a empresas infractoras, em troca do fornecimento de informação considerada relevante de acordo com os critérios legais, indicia a pouca força coerciva dos preceitos que consagram o Dever, e eventualmente os poucos resultados úteis alcançados por via do mesmo²¹⁰. No entanto, há que referir que o regime da clemência não vale para todas as infracções às normas de defesa da concorrência, mas apenas para as previstas no art. 9.º da LdC e no art. 101.º do TFUE – sobretudo acordos ou práticas concertadas, devido ao seu carácter secreto que leva a uma especial dificuldade na detecção e comprovação da sua existência. O programa de clemência, ao permitir que várias das empresas participantes possam dele beneficiar, cria um complexo sistema de incentivos²¹¹, promovendo a obtenção de informação pela AdC e, simultaneamente, desestabilizando os cartéis existentes e desencorajando a formação de novos acordos.

Neste caso, ao ponderar a sua colaboração ou não com a AdC, a empresa não terá de considerar apenas o impacto financeiro e reputacional que um processo contra-ordenacional poderá ter. Haverá igualmente que, desde logo: (i) avaliar qual a probabilidade de a AdC concluir a investigação e subsequente condenação pelos seus próprios meios (“probabilidade de a empresa ser apanhada”) e, nessa medida, ponderar se o recurso ao regime da clemência será vantajoso, bem como (ii) antecipar o comportamento das outras empresas participantes

²⁰⁸ Ver SPAGNOLO, Giancarlo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust” in BUCCIROSSI, P., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2008, p. 259.

²⁰⁹ Este regime é igualmente aplicável a pessoas singulares titulares de órgão de administração, de acordo com o art. 76.º da LdC.

²¹⁰ Com efeito, pelo menos 70% das investigações de cartéis a nível da UE devem-se à existência de um regime de clemência, razão pela qual este reveste uma grande importância para a actividade da CE neste campo – cf. ALBERTO SAAVEDRA, “The leniency programme and private actions for damages”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 4, Outubro-Dezembro 2010, pp. 25-26.

²¹¹ Ver SPAGNOLO, ob.cit., p. 261.

no acordo²¹². Isto porque, apenas a primeira empresa a revelar a sua participação num alegado acordo ou prática concertada e a colaborar de forma relevante com a AdC poderá beneficiar da dispensa da coima, desde que cumpra as condições estabelecidas na lei²¹³, o que constitui um incentivo relevante à denúncia da existência de uma prática concertada pelas empresas participantes, uma vez que poderão, se foram as primeiras, expor o cartel e evitar o pagamento de qualquer coima pela participação no mesmo²¹⁴. As empresas que oferecerem a sua colaboração em segundo ou terceiro lugar poderão beneficiar apenas de uma redução da coima que lhes seria aplicada, se cumpridos os requisitos legais²¹⁵. Assim, para as empresas que não sejam a primeira a colaborar, o recurso a este regime será tendencialmente menos vantajoso, por fazer aumentar o montante que terão eventualmente de pagar (uma vez que a redução é cada vez menor). Por outro lado, contudo, o facto de uma outra empresa já ter fornecido informações relevantes à AdC sobre um determinado acordo, aumenta a probabilidade de efectiva condenação das restantes empresas participantes, caso em que uma redução da coima sempre será benéfica. Acresce ainda que, provavelmente, antes de tomarem a decisão de colaborar ou não, as empresas não terão conhecimento do comportamento das restantes empresas, pelo que, na verdade, não saberão com certeza se e em que medida poderão beneficiar do regime de clemência. Também a informação de que a empresa dispõe e que poderá revelar, a sua importância segundo os critérios definidos na lei, assim como as eventuais represálias por parte de outras empresas participantes que poderá sofrer mais tarde, são factores a ter em conta no momento da decisão.

A este respeito, importa também referir que, e naturalmente, as empresas só poderão beneficiar do regime da clemência quando a sua colaboração seja voluntária, *i.e.*, por sua iniciativa e não em cumprimento de uma solicitação de informações por parte da AdC, caso em que a empresa em causa estará meramente a cumprir o Dever²¹⁶.

Desta breve exposição resulta claro que a mera consagração de um dever de colaboração no âmbito da LdC não é ferramenta suficiente para que a AdC possa obter as informações de que

²¹² Esta questão está intimamente ligada com a Teoria dos Jogos e o funcionamento dos diferentes tipos de regime de clemência existentes – para maior desenvolvimento consultar MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, pp. 195 ss.

²¹³ Cf. art. 77.º da LdC.

²¹⁴ Cf. ALBERTO SAAVEDRA, *ob. cit.*, p. 30, que aborda igualmente a questão da responsabilidade da empresa denunciante nas acções de responsabilidade civil pelos danos causados pelo cartel.

²¹⁵ De acordo com o art. 78.º da LdC.

²¹⁶ Cf. MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.*, p. 167.

necessita para zelar pelo cumprimento das regras de defesa da concorrência. A própria consagração de um regime de clemência é indício disso mesmo²¹⁷. Ademais, a força do Dever será ainda menor quanto maior for o espaço concedido ao Princípio aquando da sua aplicação, uma vez que este justifica uma menor sujeição das empresas investigadas ao Dever. Esta preocupação com a amplitude da sujeição ao Dever, dada a sua importância para a tarefa fundamental da AdC, está patente nas decisões judiciais relativas a esta matéria, ao reduzirem o Princípio ao seu núcleo essencial, por forma a deixar uma maior margem aos poderes de investigação da AdC.

Já o regime de clemência, por sua vez, não colide com o Princípio, uma vez que não impõe qualquer colaboração às empresas infractoras, abrindo apenas a possibilidade de, ao fornecerem livre e voluntariamente informação incriminatória, beneficiarem de uma dispensa ou atenuação da penalização que lhes caberia pelo seu comportamento. Este regime é também mais abrangente que o Dever (embora apenas relativamente às infracções a que é aplicável) uma vez que, ao contrário do que acontece com este, não visa apenas empresas já alvo de um processo contra-ordenacional, mas incentiva também a auto-denúncia, voluntária, mesmo em situações em que a AdC ainda não tenha detectado a infracção²¹⁸.

²¹⁷ À qual se soma a consagração, na nova LdC, do procedimento de transacção e da possibilidade de arquivamento mediante a imposição de condições, tanto durante o inquérito como durante a instrução, que, embora tenham uma natureza diferente do regime da clemência e do Dever no que toca ao fornecimento de informações, são sintomáticos da existência de alguns obstáculos à investigação de contra-ordenações, e respectivas condenações, possivelmente devidos, em parte, a dificuldades na obtenção de prova.

²¹⁸ Cf. SPAGNOLO, ob.cit., p. 262.

Bibliografia

ADÉRITO TEIXEIRA, Carlos, “Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do Direito Sancionatório da Regulação”, in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto e Sousa Mendes, Paulo (org.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALBUQUERQUE, Pedro de, PEREIRA, Maria de Lurdes, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, in *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coord. Albuquerque, Ruy de, Menezes Cordeiro, António, Coimbra: Almedina, 2005.

ANASTÁCIO, Catarina, “O dever de colaboração no âmbito de processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio do nemo tenetur se ipsum accusare”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março, 2010.

CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência: Desafios do século XXI*, 2ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

BUCCIROSSI, Paolo, *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2008.

COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COSTA PINTO, Frederico, “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, 2009.

COSTA RAMOS, Vânia, “*Corpus Iuris 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, 2006.

COSTA RAMOS, Vânia, “*Corpus Iuris 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, 2007.

COSTA RAMOS, Vânia, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março, 2010.

CRAIG, Paul, BÚRCA, Gráinne de, *EU Law – Text, cases and materials*, 4.^a ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: C.E.J., 1983.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da, “Poderes de Supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009.

GASPAR MARTINHO, Helena, “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da Concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março, 2010.

GASPAR MARTINHO, Helena, “Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 3, Julho-Setembro, 2010.

GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEONES DANTAS, A., “Procedimentos de Natureza Sancionatória no Direito da Concorrência” in *Subjudice*, 40, 2007.

LOBO MOUTINHO, José, *Arguido e imputado no processo penal português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contra-Ordenações: Ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008.

LOPES RODRIGUES, Eduardo Raúl, *O essencial da política da concorrência*, Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 2005.

MAGALHÃES BOLINA, Helena, “O regime dos processos de contra-ordenação dos Reguladores independentes”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coord. Paz Ferreira, Eduardo, Morais, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo, Coimbra: Almedina, 2009.

MAGALHÃES BOLINA, Helena, “O Direito ao Silêncio e o Estatuto dos Supervisionados à luz da aplicação subsidiária do Processo Penal aos processos de Contra-ordenação no Mercado de Valores Mobiliários”, in *Revista do CEJ*, nº14, 2º Semestre, Almedina, 2010.

MARQUES, Maria Manuel Leitão, SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo, FORTE, André Matos, *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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

MENDES PEREIRA, Miguel, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António, “Defesa da concorrência e direitos fundamentais: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção”, in *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coord. Albuquerque, Ruy de, Menezes Cordeiro, António, Coimbra: Almedina, 2005.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV – Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOTTA, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina, 2008.

NIELS, Gunnar, JENKINS, Helen, KAVANAGH, James (et al??), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 2011.

PAIS ANTUNES, Luís Miguel, *Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 1995.

REIS SILVA, Maria de Fátima, “O direito à não auto-incriminação”, in *Sub Judice*, 40, 2007.

REIS SILVA, Maria de Fátima, “Um olhar ‘comercial’ sobre o direito contra-ordenacional”, in *Julgar*, 8, 2009.

SAAVEDRA, Alberto, “The leniency programme and private actions for damages”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 4, Outubro-Dezembro, 2010.

SÉRVULO CORREIA, “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA DIAS, Augusto, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março, 2010.

SILVA DIAS, Augusto, COSTA RAMOS, Vânia, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SOUSA MENDES, Paulo de, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coord. Paz Ferreira, Eduardo, Morais, Luís Silva e Anastácio, Gonçalo, Coimbra: Almedina, 2009.

SOUSA MENDES, Paulo de, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, 1, Janeiro-Março, 2010.

WHISH, Richard, *Competition Law*, 6.^a ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

WILLIS, Peter R., «"You have the right to remain silent..." or do you? The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions», in *European Competition Law Review*, Issue 8, 2001.