

A UTILIZAÇÃO, EM PROCESSO SANCIONATÓRIO, DE ELEMENTOS OBTIDOS NO ÂMBITO DE INSPEÇÕES EFETUADAS PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Sara M. Rodrigues*

RESUMO

INTRODUÇÃO

No âmbito dos seus poderes de supervisão, a Autoridade da Concorrência¹ pode levar a cabo diligências de inspeção, possibilidade que se encontra legalmente prevista, quer nos Estatutos da Autoridade, quer na Lei da Concorrência vigente.

As inspeções são diligências distintas das buscas, quanto aos requisitos de forma, às finalidades, aos meios utilizados (ou possíveis de utilizar) e ao momento em que se processam (as inspeções ocorrem no âmbito da supervisão e as buscas são levadas a cabo no âmbito de um processo contra-ordenacional), não podendo a entidade administrativa competente pela sua execução transformar as primeiras em buscas “aligeiradas”, conseguindo, através de um processo menos exigente em termos de fundamentação e de requisitos formais (mormente, a necessidade de obtenção de autorização prévia da competente entidade judiciária, *in casu*, o Ministério Público), realizar as finalidades das segundas, ou seja, obter prova da verificação de uma infracção da qual já tenha conhecimento ou já se encontre indiciada. Isso significa que quando, no decurso de uma inspeção, se obtenha prova (mesmo que indiciária) da prática de uma infracção, se deve, quanto a esses factos, abandonar a supervisão e iniciar um processo sancionatório.

No entanto esta questão coloca, pelo menos, dois problemas que tentaremos abordar no presente trabalho: quais os deveres de cooperação a que as empresas estão adstritas no âmbito de diligências realizadas em processo de supervisão, e a possibilidade de utilização, e respectivos termos, dos elementos obtidos nessas diligências (em especial, nas inspeções) em procedimento contra-ordenacional por violação das regras de defesa da Concorrência.

1 AS INSPEÇÕES EFETUADAS PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

A possibilidade de a Autoridade da Concorrência realizar diligências de inspeção encontra-se prevista no artigo 63.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o Novo Regime Jurídico da Concorrência. Dispõe esse normativo que “verificando -se circunstâncias que indiciem distorções ou restrições de concorrência, a Autoridade da Concorrência deve realizar as inspeções e auditorias necessárias à identificação das suas

* Jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade da autora e não vinculam, a qualquer título, a Autoridade da Concorrência

causas” (n.º 1), acrescentando que para a “realização de inspeções e auditorias” é necessário “o assentimento da entidade visada, no exercício do dever de colaboração” (n.º 2).

Essa possibilidade decorre também expressamente do artigo 7.º, n.º 1, alínea a) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que dispõe que “no exercício dos seus poderes de supervisão, compete à Autoridade [...] proceder à realização de [...] inspeções ou auditorias, que, em matéria de concorrência, se revelem necessárias”.

A palavra inspeção “vem do latim *inspicere*, olhar para dentro, traduzindo um processo psicológico de conhecimento”,² e traduz-se na atividade tendente a investigar e esclarecer determinados factos, e na qual se requerem dados, os quais, sendo necessários para a investigação, se podem extrair dos arquivos, dos documentos ou dos registos da empresa inspeccionada.³

Estamos perante atos de conteúdo verificativo que exprimem o exercício de um poder público executivo de conhecimento, de comprovação e de fiscalização ou controlo, que tem por finalidade adquirir elementos de uma determinada realidade ou verificar a adequação de um determinado comportamento ao ordenamento jurídico.⁴

A atividade de inspeção é orgânica e materialmente administrativa, sendo que a decisão prévia que ordena a diligência deve obedecer aos princípios gerais que regem o ato administrativo e estar fundamentada com o objecto e a finalidade da diligência, data de realização e local, possibilitando o recurso ou impugnação da decisão.⁵

As inspeções têm de seguir as finalidades deste tipo de diligência e não podem traduzir buscas sem mandado.

As buscas são meios de obtenção de prova, que se realizam em locais reservados ou não livremente acessíveis ao público, desde que sobre esse local existam indícios de que se encontram objetos ou documentos relacionados com a prática do facto em investigação, e que são susceptíveis se servirem de prova no processo em curso. As diligências de busca e apreensão estão sujeitas a um regime processual.

² Cf., Luís Guilherme Catarino, *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*, p. 463.

³ Neste sentido, Frederico Lacerda Costa Pinto, *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio*, p. 93.

⁴ Neste sentido, Luís Guilherme Catarino, “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes”, p. 463-464. Como relembra este autor, “os administrados detêm sempre mais informação sobre as suas atividades, intenções ou planos do que o regulador dispõe, e é esta assimetria de informação que determina a busca de informação pelo regulador” (ibidem). António Henriques Gaspar adverte que a lei deve fixar os limites do exercício dos poderes públicos, e definir o tipo, espécie e natureza da informação que pode ser recolhida e conservada (*in* “*Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais*”, p. 265).

⁵ A nível Comunitário, a jurisprudência pronunciou-se no sentido de que a obrigação de fundamentação da diligência de inspeção não pode ser restringida tendo em vista considerações de eficácia: “a fundamentação (...) deve ser adaptada à natureza do ato em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição, autora do ato, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao Tribunal exercer o seu controlo” (cf., Acórdão Hoechst, do Tribunal Geral da União Europeia, de 20.04.1999, § 30).

específico e normalmente, só são realizadas no âmbito de um processo – criminal ou contra-ordenacional – e não no âmbito de um processo de supervisão.⁶

Como afirma Benjamim Rodrigues,

[...] constata-se, no ordenamento jurídico português, cada vez com maior intensidade, um conjunto de situações em que as entidades administrativas, a troco de processos normais de fiscalização se encontram verdadeiramente a provocar os visados a uma verdadeira autoincriminação, sobretudo quando já detêm indícios suficientes que justificariam a abertura de inquérito [...] e inclusivamente, um despacho de acusação.⁷

Como alerta este autor, por vezes a vertente de supervisão é levada a extremos de durabilidade suficientemente persistente para permitir a obtenção de elementos incriminatórios – ainda que a coberto de uma pseudo-fiscalização – para encurtar a durabilidade da segunda fase de investigação contra-ordenacional e que levará à condenação da empresa.

A fluidez do momento em que as empresas se encontram sujeitas à atividade material de investigação contra-ordenacional, mas transmutadas de atividade de fiscalização, implica uma drástica diminuição das garantias de defesa, na medida em que se protela, no tempo, até ao limite máximo o início do procedimento sancionatório, assim se permitindo que a empresa visada vá carreando para os autos (de supervisão) elementos que vão contribuindo para a sua autoincriminação.⁸

Deve, assim, afastar-se a tendência menos lícita de utilizar uma atividade de inspeção para obter provas da prática de uma infracção, cuja existência já seja conhecida.

O que tudo significa que as inspeções terão de cumprir a sua missão, e assim que exista prova (mesmo que meramente indiciária) do cometimento de uma infracção, deverá iniciar-se o procedimento contra-ordenacional.

Mas tal significa que se podem utilizar esses elementos – de prova – obtidos no âmbito das diligências de inspeção para instruir um procedimento sancionatório?

A possibilidade de utilização desses elementos em processo sancionatório, os termos dessa utilização, bem como os deveres de cooperação das empresas no âmbito do processo de supervisão (no qual são realizadas as inspeções) serão analisados de seguida.

⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre buscas, vide, Manuel Valente, *Revistas e buscas*, Almedina, Coimbra, 2005; e Ana Luísa Pinto, *As buscas no direito processual penal português*.

⁷ Cf. Benjamim Silva Rodrigues, *Da Prova Penal*, tomo II, p. 583.

⁸ Cf., Benjamim Silva Rodrigues, *Da Prova Penal*, tomo II, p. 598. Como refere José Souto Moura, a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão em geral manifesta-se sobretudo no direito penal e contraordenacional substantivo, enquanto a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão enquanto suspeito de uma infracção, releva no direito adjetivo (*in A proteção dos direitos fundamentais no processo penal*, p. 36-37).

2 O PROCESSO DE SUPERVISÃO E O DEVER DE COLABORAÇÃO DAS EMPRESAS

Os processos de supervisão são em regra realizados por entidades de direito público, com poderes autónomos e especiais, enquanto expressão da intervenção estatal no sector económico.⁹

O Estado regulador comete aos privados a prossecução de muitas atividades importantes ao funcionamento do próprio Estado. Atenta a importância dessas atividades, e a sua propensão para serem fonte de riscos para bens fundamentais, especialmente de natureza social ou coletiva, foi preciso exercer um controlo administrativo, uma função de vigilância por entidades administrativas e reguladoras.¹⁰

Estamos perante um direito de ordenação especial a que corresponde uma atividade de polícia especial, na tradicional noção de polícia administrativa como atividade especial de proteção da segurança pública contra riscos e perigos no âmbito da economia de mercado.¹¹

Uma dessas entidades administrativas dotadas de poderes especiais é a Autoridade da Concorrência.¹² A Concorrência constitui um bem público, cuja dignidade se encontra reflectida em sede constitucional, no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP).

A forma de o Estado efetivar essa tutela assenta, em parte, no regime legal de supervisão exercido pela Autoridade da Concorrência, enquanto entidade administrativa independente.¹³

⁹ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, p. 17. Luís Guilherme Catarino refere, a este propósito, que “o Estado mantém-se como garante do bom funcionamento do novo sistema, mudando o ângulo de observação e intervenção tradicional [...] e mudando o paradigma da atuação de polícia: vigilância e observação [...], recolha de informação, investigação, inspeção [...] perante uma sociedade técnica pós-industrial, em que se tem de prever já não a grande probabilidade, mas também antecipar a própria previsão de perigos – o risco” (in “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes”, p. 272-273).

¹⁰ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, p. 47.

¹¹ Neste sentido, Luís Guilherme Catarino, “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes”, p. 270.

¹² A Autoridade da Concorrência tem por missão assegurar o respeito pelas regras da concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores (conforme o disposto no artigo 1.º dos seus Estatutos).

¹³ No mesmo sentido, Eduardo Paz Ferreira afirma que “a criação de mecanismos específicos de regulação e supervisão d[os] mercados constitui, de facto, a forma mais importante de concretização da diretiva constitucional que foi encontrada pelo legislador ordinário” (in Jorge Miranda e outro, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo II, Coimbra, p. 207). Luís Guilherme Catarino distingue as entidades administrativas independentes, em termos funcionais, considerando que a Autoridade da Concorrência se inclui, dentro desta classificação, nas Autoridades de Garantia. Para este autor, a Autoridade da Concorrência corresponde “aos modelos mais puros de autoridades independentes, onde as respectivas características se devem verificar num sentido mais forte. Consubstancia uma verdadeira ‘magistratura sectorial’ e como tal não se admite qualquer concorrência, no seu âmbito, com outro sujeito público. Tem amplos poderes de investigação mas visa sobretudo assegurar a conformidade legal e constitucional de comportamentos, não através da estatuição de condutas mas da verificação da sua conformidade legal. [...] Não visa tutelar uma situação ou bem jurídico mas assegurar uma paridade de condições (o bem a prosseguir é a manutenção de determinadas condições consideradas essenciais ao mercado)” (in “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e

A supervisão pode ser definida como um poder geral de atuação que visa verificar o cumprimento dos mandatos legais através do tratamento da informação fornecida pelas empresas. Esse poder de carácter geral tem de ser acompanhado de poderes secundários, entre os quais, o poder de inspeção, e os pedidos de elementos de informação.¹⁴

A supervisão corresponde, assim, a uma atividade da Administração limitadora da liberdade dos administrados, mediante a qual se quer garantir que os sujeitos privados ou públicos, que atuam sob o regime do direito privado operando num determinado sector ou nele desenvolvem determinada atividade, o façam de forma ajustada ao estabelecido na ordenação do sector ou atividade em causa, através de um controlo prévio (autorizações ou poderes regulamentares), de vigilância de atividades (informação, inspeção) ou de intervenções corretivas.¹⁵

A supervisão traduz-se no exercício de poderes imperativos, de fonte legal, hétero atribuídos, a que correspondem deveres de sujeição e colaboração dos regulados perante o regulador.

O poder de supervisão da Autoridade da Concorrência está dependente da colaboração das empresas, porquanto pressupõe que as mesmas respondam a inquéritos administrativos ou abram as portas das suas instalações com vista à realização de diligências de inspeção ou auditoria.¹⁶

O dever de colaboração das empresas assume, no direito da concorrência, atenta a natureza dos ilícitos em causa, uma enorme importância, afirmando-se como um instrumento fundamental no desempenho das funções atribuídas à Autoridade da Concorrência.¹⁷

Na verdade, o cumprimento efetivo e eficaz da atividade da Autoridade fica dependente, grosso modo, da informação que obtém sobre os diversos mercados, seja para efeitos de supervisão, seja, sendo caso disso, sancionatórios.¹⁸

jurisdição das autoridades independentes", p. 273). Sobre a caracterização das entidades administrativas independentes, vide, ainda, António Carlos dos Santos, "Direito Económico", p. 133-139.

¹⁴ Neste sentido, Frederico Lacerda Costa Pinto, "Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio", p. 79.

¹⁵ Cf., Luís Guilherme Catarino, "Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes", p. 287-288). Para este autor, a supervisão "assenta numa rede de segurança alicerçada em três pilares: a possibilidade de controlo, vigilância e garantia das operações e das atividades comerciais dos particulares perante os administrados. Num ambiente dominado pela vigência de princípios [...] de liberdade [...] a contrapartida é a criação de uma série de situações passivas limitadoras de direitos" (ob. cit. p. 290).

¹⁶ Neste sentido, 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, p. 122. Vide, também, Paulo Sousa Mendes, O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência, p. 12.

¹⁷ Sobre os deveres de colaboração das empresas, vide Miguel Mendes Pereira, *Lei da Concorrência Anotada*, p. 239-242.

¹⁸ Neste sentido, Catarina Anastácio, "O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*", p. 203. Esta autora vai ainda mais longe, afirmando que "o dever de colaboração das empresas para com a Autoridade é um pilar fundamental da sua atividade, sem o qual a sua missão não seria possível". Constatação esta que, no entendimento da autora, é válida para qualquer autoridade administrativa de supervisão, na medida em que a colaboração dos agentes económicos é um instrumento imprescindível ao desempenho da respectiva missão e, nessa medida, o dever de colaboração, quase sempre corporizado numa obrigação legal específica, tem uma indiscutível raiz constitucional (ob. cit., p. 204).

É o próprio Novo Regime Jurídico da Concorrência¹⁹ a prever a colaboração das empresas, estipulando no artigo 18.º, n.º 1, alínea a, a possibilidade de a Autoridade

[...] interrogar a empresa e demais pessoas envolvidas, pessoalmente ou através de representante legal, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos [...]

Sendo que constitui contraordenação, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea h), “a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos poderes de supervisão e no âmbito da realização de estudos, inspeções e auditorias”.

Coloca-se, no entanto, a questão de saber qual a extensão deste dever de colaboração/informação a que as empresas se encontram adstritas e se o mesmo pode, em último caso, pôr em causa o direito das empresas à não autoincriminação (consagração do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*).

O princípio *nemo tenetur* não se encontra expressamente previsto na Constituição,²⁰ no entanto o mesmo encontra-se vigente no nosso ordenamento jurídico, através de vários direitos fundamentais com assento constitucional, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade de ação, a presunção de inocência e o direito a um processo equitativo.²¹

O princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* pretende impedir que o suspeito da prática de uma infracção seja transformado em colaborador involuntário das entidades públicas com competências processuais.²²

¹⁹ A par do que já sucedia com a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

²⁰ Como refere Geraldo Prado, “a relação entre a Constituição e o processo penal, antes de ser ditada pelo facto de pertencerem ambos os ramos jurídicos ao campo do direito público, e sem desconsiderar a primazia constitucional na sobreposição das normas jurídicas, influi decisivamente na demarcação do âmbito de legitimidade, validade e eficácia das leis, decorre da constatação de que, na essência, Constituição e processo penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção dos direitos fundamentais e a separação dos poderes” (in “Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”, p. 41).

²¹ Para Fernanda Palma, “a proteção garantista do arguido não se justifica apenas pela possibilidade de ser inocente, mas também e sobretudo pela preservação de uma liberdade última que impeça o processo penal [e, por maioria de razão, o processo contra-ordenacional] de invadir uma fronteira a partir da qual o arguido estaria a ser descaracterizado mesmo que totalmente culpado” (in “Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva”, p. 117). Segundo Costa Andrade, não é o reconhecimento da consagração constitucional do princípio do direito à não autoincriminação que suscita dificuldades mas sim a definição da sua compreensão e alcance (in, “Sobre as proibições de prova em processo penal”, p. 127).

²² Para Manuel Valente, “a problemática da autoincriminação inscreve-se na preocupação adjacente à localização do arguido ou do cidadão no processo: se sujeito do processo – cujas armas deve esgrimir e utilizar como qualquer outro sujeito para a descoberta da verdade e realização da justiça – ou se objecto do processo, i.e., como instrumento de incriminação ipse se” (in Revistas e buscas – que viagem queremos fazer?, p. 298). Em Acórdão do Tribunal Constitucional pode ler-se que “o princípio constitucional de que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa tem como conteúdo essencial a exigência de que o arguido seja tratado como sujeito e não como objecto do procedimento penal, garantindo-lhe a Constituição, com essa finalidade, não só um direito de defesa (artigo 32º, nº1), a que a lei confere efetividade através de direitos processuais autónomos a exercer durante o processo e que lhe permitem conformar a decisão final do processo, mas também a presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação, elemento fundamental naquela perspectiva. [...] Este direito ao silêncio está diretamente relacionado com o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 32º, nº 2 da Constituição). Com efeito, o interrogatório do arguido - exceptuadas as declarações finais antes do encerramento da audiência de julgamento, em que é perguntado se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa (artigo 361º do CPP) - pode vir a ser utilizado como um meio de prova: as declarações do arguido podem constituir um importante meio de obter a verdade material dos factos, ponto é que se

O direito do arguido à não autoincriminação encontra-se intimamente ligado ao direito ao silêncio.

O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação não têm um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringidos em determinadas situações.²³ O nosso ordenamento jurídico apresenta diversas limitações a esses direitos e os deveres de cooperação das empresas perante a Autoridade da Concorrência, como vimos, é uma delas.²⁴

A garantia do *nemo tenetur* não opera quando os destinatários de deveres de cooperação são convidados a cumpri-los pelas autoridades administrativas competentes, de forma a assegurar o normal funcionamento de determinadas atividades.²⁵

Basta atentarmos que

[...] as actividades económicas ligadas ao exercício do direito de iniciativa privada [...] não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de protecção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular [...]

pelo que

[...] se compreende que o legislador possa exigir, da parte dos particulares que queiram desenvolver tais actividades, a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte dos Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos.²⁶

respeite a livre determinação da sua vontade. Assim, o arguido deve ser informado, antes de qualquer interrogatório, de que goza do direito ao silêncio (artigos 141º, nº 4, 143º, nº2, 144º, nº1, e 343º, nº1, do CPP), devendo também ser esclarecido de que o seu silêncio não pode ser interpretado desfavoravelmente aos seus interesses, não podendo, por isso, o arguido ser prejudicado por ter exercitado o seu direito a não prestar quaisquer declarações (o silêncio não pode ser interpretado como presunção de culpa)" (cf., Acórdão do TC n.º 155/2007, de 2 de Março, disponível in www.tribunalconstitucional.pt).

²³ Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais só admitem aquelas soluções para as colisões que representem a máxima realização possível de todos os bens jus fundamentais implicados (*in* "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", p. 37). Também Paulo Sousa Mendes reconhece que "o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não é um direito absoluto, mas admite ponderações e restrições no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se garanta a preservação do núcleo essencial daquele direito" (*in* "As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", p. 136). Para Vânia Costa Ramos, o núcleo essencial deste direito "parece coincidir com o direito ao silêncio, no sentido de que ao arguido em processo sancionatório de concorrência não pode ser exigido o fornecimento de respostas através das quais seja levado a admitir a existência da infracção em investigação" (*in* Vânia Costa Ramos, "Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa", p. 182).

²⁴ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, "Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas", p. 44-45.

²⁵ Neste sentido, Augusto Silva Dias, *O direito à não autoinculpação no âmbito das contraordenações do Código do Mercado dos Valores Mobiliários*, p. 21-22. Também o Decreto-Lei n.º 276/2007, que estabelece o regime jurídico da atividade de inspeção, auditoria e fiscalização dos serviços da administração direta e indireta do Estado aos quais tenha sido cometida a missão de assegurar o exercício de funções de controlo, interno ou externo, dispõe, no seu artigo 5.º, n.º 2, que "os serviços de inspeção podem solicitar informações a qualquer pessoa colectiva de direito privado ou pessoa singular, sempre que o repute necessário para o apuramento dos factos".

²⁶ 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", p. 138.

Os direitos fundamentais não têm um carácter absoluto nem ilimitado, sendo inevitável e sistémica a conflitualidade entre eles ou com outros bens de natureza constitucional.²⁷ No entanto a sua restrição tem de obedecer a requisitos materiais, terá de se atender a critérios de proporcionalidade e assegurar a salvaguarda do núcleo essencial de cada direito.²⁸

O critério da proporcionalidade só pode ser aferido em concreto, em função do contexto e de todas as condições relevantes, incluindo o âmbito, o peso e a medida de cada um dos direitos na situação concreta em análise.²⁹

O direito ao silêncio abrange tão só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos imputados, não abrangendo o direito de recusar a entrega de documentos ou quaisquer elementos que estejam em poder da empresa. As empresas não podem, assim, recusar-se a prestar uma informação ou entregar um determinado documento, invocando que essa informação ou esse documento podem vir a ser utilizados para prova da infracção em que tenham participado.³⁰

Sendo a prova da infracção o que se pretende com a consagração do dever de colaboração em sede de procedimentos sancionatórios por violação das regras de defesa da concorrência, esse resultado (a obtenção da prova) não pode ser invocado como causa justificativa da recusa.³¹

No mesmo sentido, se tem pronunciado a jurisprudência comunitária. No Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Orkem*,³² pode ler-se que

²⁷ Neste sentido, Catarina Anastácio, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, p. 211-212.

²⁸ O núcleo essencial do direito surge como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito, funcionando como o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas (neste sentido, Catarina Anastácio, *O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare**, p. 213). Manuel Valente relembra que a prevenção dos ilícitos não pode ser alcançada a qualquer custo, devendo, sempre, promover-se e efetivar-se no respeito, na defesa e prossecução dos valores e princípios de um Estado de direito democrático (*in “Conhecimentos fortuitos – a busca de um equilíbrio apuleiano”*, p. 26).

²⁹ Jordi Ferrer Beltrán recorda que a averiguação da verdade é o objetivo principal da atividade probatória do processo, mas não pode ser o único. Há também de atender à garantia da paz social e à proteção dos direitos individuais dos visados (*in “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”*, p. 175). Para Santiago Mir Puig, “o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais como aquele que impõe os limites materiais de toda a atividade do Estado que ponha em causa direitos fundamentais” (*in “O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal”*, p. 12).

³⁰ Podem assim ser solicitadas informações factuais sobre atos, reuniões, comunicação de documentos entre empresas, factos sobre a empresa, dentro de um princípio de necessidade lógica – em congruência com a necessidade de compreensão da informação obtida. Mas não se pode impor a uma empresa a obrigação de fornecer uma resposta sobre uma finalidade ou objectivo de um facto ou de um ato que se traduza ou induza na admissão de uma infracção que a autoridade reguladora quer provar (neste sentido, Luís Guilherme Catarino, *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*, p. 495).

³¹ Nesse sentido, Catarina Anastácio, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, p. 218.

³² Acórdão do TJUE, de 18.10.1989, processo n.º 374/87 (Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0374:ES:HTML>>.). Para análise detalhada deste Acórdão, vide, Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, p. 87-91.

[...] os ordenamentos jurídicos dos estados membros só reconhecem o direito à não autoincriminação à pessoa física acusada de uma infracção no âmbito de um processo criminal. Por conseguinte, a análise comparativa dos regimes jurídicos nacionais não permite concluir que exista um tal direito a favor das pessoas colectivas e que tal direito se aplique às infracções por violação das normas da concorrência (considerando 29).

Este aresto especifica que

[...] o respeito dos direitos da defesa, enquanto princípio de carácter fundamental, deve ser assegurado, não apenas nos processos administrativos susceptíveis de conduzir a sanções, mas também no âmbito de processos de inquérito prévio, como os pedidos de informação previstos no artigo 11.º do Regulamento [...], que podem ter um carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos de empresas, susceptíveis de as responsabilizar. Se bem que no âmbito de um pedido de informações [...] a Comissão tenha o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa.

Também no recente caso *SGL Carbon*, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que, “quanto à apresentação de documentos que se encontrem na posse de uma empresa objecto de um inquérito” essa empresa deve “se a Comissão o pedir, fornecer-lhe os referidos documentos relacionados com o objecto do inquérito, mesmo podendo estes elementos ser utilizados pela Comissão a fim de estabelecer a existência de uma infracção”.³³

Adotando esta jurisprudência, o Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002, dispõe, no seu considerando 23, o seguinte:

[...] ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infracção.

Do teor do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não resulta expressamente o reconhecimento do direito à não autoincriminação. No entanto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou, entre outros, no famoso caso *Saunders*, que existia violação do artigo 6.º da CEDH (processo equitativo), caso em procedimentos penais a acusação seja construída com recurso a provas obtidas através de coação ou pressões exercidas sobre o acusado, com desrespeito da sua vontade.³⁴

A entidade administrativa tem o poder de obrigar a empresa a fornecer toda a informação necessária relacionada com factos de que tenha conhecimento, apresentando os documentos que tenha em seu poder, inclusivamente aqueles que possam servir para

³³ Acórdão do TJUE de 29.06.2006, processo C 301/04P.

³⁴ Acórdão de 17.12.1996, *Saunders vs. Reino Unido*.

provar contra ela ou contra qualquer outra empresa a existência de uma conduta contrária à concorrência.

A jurisprudência nacional também já se pronunciou sobre esta questão. Em acórdão de 30.10.2008, o Tribunal da Relação de Lisboa começa por afirmar que

[...] o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* encontra o seu fundamento imediato nas garantias processuais que a Constituição impõe, no artigo 32.º, cumprindo-se de igual modo a exigência constitucional de um processo (penal) equitativo, prevista no n. 4 do artigo 20.º da CRP.

Para concluir que

[...] o exato conteúdo e alcance do direito ao silêncio, tal como está configurado na nossa lei, e que se deve aplicar em qualquer processo sancionatório de direito público, permite que o arguido não preste declarações quando inquirido no âmbito de um processo de contraordenação, ou seja, que não responda a perguntas que lhe são dirigidas, mas não se aplica fora do processo e não permite que o arguido frustre a execução de diligências de prova com a recusa de entrega de elementos.³⁵

Em sentido diverso, o mesmo Tribunal afirmou, noutro aresto,³⁶ que:

A CMVM não podia ter utilizado como prova para fundamentar a sua decisão condenatória elementos fornecidos pela própria arguida no âmbito do cumprimento de um dever enquanto supervisionada e sob a cominação legalmente prevista de que, se não o fizesse incorreria na prática de um crime de desobediência.

No entanto, o Tribunal acrescenta que

[...] no caso dos autos [...] a arguida foi levada a pensar que estava a fornecer os elementos estritamente para efeitos de supervisão, único para o qual tinha esse dever, sem saber que os mesmos podiam vir a ser, e foram, utilizados para efeitos de instrução do processo contra-ordenacional.³⁷

Pelo que fica pouco claro se, neste caso, o Tribunal teria decidido de forma diferente se tivesse sido efectuada à arguida a comunicação de que os elementos fornecidos poderiam ser utilizados em processo sancionatório.

Ainda num outro Acórdão do TRL, de 17.04.2012, pode ler-se que

[...] não podiam ter sido utilizados como prova para fundamentar a decisão condenatória, elementos fornecidos pela própria arguida no âmbito do cumprimento de um dever enquanto supervisionada, sem que a mesma tivesse sido previamente advertida de que os mesmos poderiam vir a servir para a instrução de um processo de contraordenação [...] a arguida foi, pois, levada a pensar que estava a fornecer elementos estritamente para o efeito da supervisão, o único para o qual, efetivamente, tinha esse dever, sem saber que os mesmos poderiam vir a ser, e foram, utilizados para efeitos de instrução do processo contra-ordenacional. Desta forma, impõe-se concluir que a utilização destes meios enganosos, através dos

³⁵ Acórdão, da 9.ª secção, de 30.10.2008, processo n.º 2140/08-9, Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/cmvm/comunicados/contrordmtograves/pages/confaltrev.aspx>>.

³⁶ Acórdão da 5ª secção do TRL, de 15.11.2011, processo 3501/06TFLSB.L1. Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/cmvm/comunicados/contrordmtograves/pages/confaltrev.aspx>>.

³⁷ Disponível em: <www.dgsi.pt>.

quais se obteve a prova junto da arguida, perturbou a liberdade de os seus representantes decidirem, pelo que são ofensivos da integridade moral das pessoas, sendo, por isso, nulas as provas.³⁸

As empresas não podem, no entanto, ser obrigadas a dar respostas que impliquem admitir a existência de uma infracção cuja prova incumba, *in casu*, à Autoridade.³⁹

O direito ao silêncio permite, assim, ao arguido (ou visado) não prestar declarações, mas não permite que o arguido frustre a execução de diligências probatórias com a recusa de entrega de documentos.⁴⁰

Mesmo no âmbito do processo penal, o arguido (ou visado) tem de entregar os documentos solicitados por força de aplicação do preceituado no artigo 61.º, n.º 3, alínea d) do Código de Processo Penal.⁴¹

Frederico da Costa Pinto realça, ainda, que as empresas, enquanto agentes económicos, não se encontram perante um processo contra-ordenacional na mesma posição que um cidadão constituído arguido num processo criminal. O cidadão não tem, normalmente, um dever de colaboração com a entidade que conduz o processo,⁴² enquanto o agente económico tem um dever de colaboração com a autoridade administrativa. Pelo que o direito ao silêncio das empresas apenas existe na medida em que permite que não prestem (os seus representantes) declarações para não serem obrigadas a exteriorizar uma declaração de culpabilidade.⁴³

Para este autor, o direito ao silêncio não constitui necessariamente uma manifestação da presunção de inocência do arguido, princípio este que traduz um “estatuto jurídico-político que obriga o Estado a tratar (na lei e no processo) como inocente alguém que é visado num processo criminal”. E aplicar este direito na fase de supervisão restringe sem base legal o dever de informar a autoridade de supervisão e de lhe fornecer os elementos solicitados, sendo que tal limitação só é admissível com base em lei expressa e não pela aplicação de conceitos do processo penal aos poderes de supervisão e ao processo de contraordenação.⁴⁴

³⁸ Acórdão do TRL, de 17.04.2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, disponível in www.dgsi.pt. No mesmo sentido, também Muñoz Conde alerta para a impossibilidade de se obrigar o arguido, de modo direto, através de coação, ou indireto, mediante engano, a declarar-se culpado ou fornecer dados que possam facilitar a investigação de um delito em que possa ter participado (in “*De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*”, p. 74).

³⁹ No mesmo sentido tem decidido o Tribunal de Comércio de Lisboa: “a proposição achada pelo juiz comunitário – inexistência de obrigação de fornecer respostas através das quais se seja levado a admitir a existência de 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 – pode ser integralmente transposta para o direito doméstico” (cf., Sentença do TCL, de 08.05.2007, processo n.º 205/06.0TYLSB).

⁴⁰ No mesmo sentido, Frederico Lacerda Costa Pinto, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio”, p. 96. Em sentido diverso, vide, Vânia Costa Ramos, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, p. 185.

⁴¹ Que dispõe que: “Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: [...] d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”. Roxin refere que “o arguido não tem de auxiliar as autoridades de forma ativa, mas tem de se sujeitar a intervenções físicas, as quais podem acabar por contribuir decisivamente para a prova da sua culpabilidade” (in Claus Roxin, “Passado, presente y futuro del derecho procesal penal”, p. 98).

⁴² No entanto, também em direito penal o direito ao silêncio não é absoluto, tendo o arguido obrigação de responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais (artigo 342.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

⁴³ Cf., Frederico Lacerda Costa Pinto, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio”, p. 97.

⁴⁴ Cf., Frederico Lacerda Costa Pinto, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio”, p. 98 e 101.

Para Catarina Anastácio, a possibilidade de a Autoridade poder fazer diligências de busca e apreensão de documentos é um dado decisivo nesta matéria na medida em que seria

[...] paradoxal que o uso destes poderes de investigação não implique a violação de direitos humanos, enquanto um pedido de colaboração para obtenção dos mesmos meios de prova já possa implicar, sobretudo porque se trata, este último, de um meio menos oneroso.⁴⁵

Coloca-se então a questão de saber se os elementos obtidos em processo de supervisão (designadamente, no âmbito das diligências de inspeção) poderão ser utilizados em processo sancionatório por violação das regras de defesa da Concorrência.

E tal questão ganha uma importância acrescida quando a obtenção dos elementos e documentos em causa se concretizou em parte, como vimos, através do cumprimento dos deveres de cooperação a que as empresas se encontram adstritas, no âmbito dos processos de supervisão.

3 A LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS OBTIDOS EM PROCESSO DE SUPERVISÃO EM PROCESSO SANCIONATÓRIO

Existe uma

[...] tensão latente no direito à prova e na inadmissibilidade das provas ilícitas: a efetividade do processo como valor constitucional assegurado pela dimensão objectiva dos direitos fundamentais e expresso no dever de proteção penal, e a garantia individual de que uma prova obtida de forma ilícita seja excluída do processo.⁴⁶

Augusto Silva Dias refere que o conflito com o direito à não autoinculpação surge quando a entidade supervisora, num cenário de concentração de poderes, se serve dos poderes de fiscalização e se aproveita dos deveres de colaboração das empresas para, à custa destas, instruir o processo contra-ordenacional e proferir uma decisão condenatória.

Ou seja, quando a entidade administrativa recebe a notícia da infracção e, sem informar o suspeito, e sem fazer buscas, aciona os deveres de cooperação, pedindo-lhe documentos e informações, com base nos quais procede à instrução do processo sancionatório.⁴⁷

Nitidamente, não é este o caso das inspeções realizadas, em supervisão, pela Autoridade da Concorrência. Se bem que as inspeções sejam efetuadas para verificar o cumprimento das normas, não têm por finalidade obter prova de uma infracção em concreto.

Uma parte da supervisão visa exactamente esclarecer se existe ou não infracções. Mas o poder sancionatório exerce-se tão só quando se apura, efetivamente a existência

⁴⁵ Neste sentido, Catarina Anastácio, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, p. 229-230.

⁴⁶ Cf., Thiago André Ávila, “Provas ilícitas e proporcionalidade”, p. 90.

⁴⁷ Cf., Augusto Silva Dias, “O direito à não autoinculpação no âmbito das contraordenações do Código do Mercado dos Valores Mobiliários”, p. 26.

(ou sérios indícios) de uma determinada infracção. E a partir de então aplica-se o regime do procedimento contra-ordenacional.

A supervisão implica, necessariamente, um controlo da legalidade da atuação das entidades supervisionadas, não existindo supervisão eficaz sem a tutela sancionatória que a lei lhe confere.⁴⁸

Tanto mais que a supervisão, traduzindo-se na necessidade de controlar e fiscalizar com carácter preventivo as irregularidades cometidas pelas entidades supervisionadas, terá de abranger a possibilidade desses ilícitos virem a ser sancionados pela entidade reguladora, única forma de garantir a eficácia da supervisão.

As normas legais que oferecem tutela sancionatória abstracta aos poderes de autoridade não convertem, nem podem, os elementos obtidos em provas ilícitas. É a própria lei que consagra deveres de colaboração das empresas.

Pelo que o facto de existir tutela sancionatória que garante a efetividade dos poderes da autoridade (de supervisão) não colide com a posição jurídica das empresas, tornando os elementos fornecidos prova proibida.⁴⁹

Não se compreenderia que a entidade a quem compete supervisionar, *in casu*, a Autoridade da Concorrência, não pudesse processar e sancionar os ilícitos de que tomasse conhecimento.⁵⁰ Até por que todos os ilícitos identificados na supervisão correspondem a infracções sujeitas a um regime de promoção do processo, componente essencial do princípio da legalidade.

A utilização de meios enganosos como forma de obter prova necessária à condenação das empresas, é proibida no âmbito dos processos contra-ordenacionais por violação das normas jusconcorrenciais. Proibição esta que decorre da aplicação subsidiária do artigo 126.º do CPP, por remissão do artigo 59.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO.

Essa proibição decorre, ainda, da própria Lei Fundamental, que no seu artigo 32.º, n.º 8, dispõe que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

⁴⁸ Cf., Frederico Lacerda Costa Pinto, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio”, p. 80.

⁴⁹ Para Luís Bértolo Rosa, as proibições de prova têm por fundamento a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, que não devem ser automaticamente preteridos, mas antes conciliados com os valores próprios do processo penal, *v.g.*, a verdade material e a eficácia da justiça penal. As proibições de prova são meios processuais de tutela de direitos fundamentais (*in* “Consequências processuais das proibições de prova”, p. 232).

⁵⁰ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas*, p. 24. O mesmo reconhece Luís Guilherme Catarino, ao afirmar que as inspeções podem ser instrumentais se vierem a dar origem a processos sancionatórios (*in* “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes”, p. 469-470). Este autor afirma, ainda, de forma clara, que no decurso da atividade inspetiva pode ocorrer a “descoberta de ilícitos ou infracções [...], podendo-se então recolher validamente indícios ou constatar infracções que permitam o início de um processo sancionador. A ata ou relatório que resultariam naturalmente da inspeção [...] passa a revestir a natureza de auto de notícia da infracção e, como tal, deve ser dada a conhecer ao responsável ou representante da empresa sob inspeção” (*idem*, p. 532-533). No mesmo sentido, o já citado Decreto-Lei n.º 276/2007, dispõe, no seu artigo 15.º, n.º 7, que “os serviços de inspeção participam às entidades competentes, nomeadamente ao Ministério Público, os factos com relevância para o exercício da ação penal e contra-ordenacional, quando existam e na sequência da homologação do relatório pelo ministro da tutela”.

A utilização de meios enganosos prejudica a produção de prova em condições de liberdade de vontade e decisão, transformando o arguido, enquanto fonte probatória, em meio de prova contra si próprio.⁵¹

Os métodos proibidos de prova têm potencialidade para perigar os alicerces democráticos de qualquer Estado de Direito, já que podem implicar agressões insuportáveis à eminente dignidade da pessoa humana sobre a qual deve assentar qualquer Estado que pretenda atingir um padrão ético mais elevado e a proteção mais elevada dos direitos fundamentais.⁵²

O princípio da presunção de inocência, ligado diretamente ao princípio da preservação da dignidade pessoal, leva a que a utilização do arguido enquanto meio de prova dependa da sua vontade em colaborar na descoberta da verdade.⁵³

Os princípios processuais não podem ser vistos como dogmas inabaláveis, têm de ser interpretados de acordo com o seu significado instrumental e com o fim do processo, na medida em que as normas jurídicas articulam-se num sistema, cujo equilíbrio se impõe entre os diversos princípios em eventual colisão.

No entanto, perante o conflito entre as necessidades da investigação e a realização da justiça, e os direitos fundamentais do arguido, há barreiras que não se podem ultrapassar.

As proibições de prova, em contraordenações, como em processo penal, constituem verdadeiros limites à descoberta da verdade, enquanto finalidade processual, arrastando consigo a proibição de o tribunal as valorar em processo.⁵⁴

Estamos perante meios enganosos de obtenção de prova quando há um erro provocado ativa e dolosamente pela entidade investigadora, através de palavras, declarações ou atos concludentes, que provocam no agente uma falsa representação da realidade, sendo esse erro determinante para a prestação da prova pelo agente.

Ou seja, é a falsa representação da realidade que determina o agente a prestar a prova que o incrimina. Neste caso, a prova será nula e não poderá ser utilizada.⁵⁵

No caso que nos ocupa, existe um quadro legal – plasmado no artigo 31.º, n.º 5, do Novo Regime Jurídico da Concorrência – que as empresas arguidas não podem desconhecer, pelo que o meio – inspeções – através do qual se obtém a prova não só não é enganoso como tem expressa previsão legal.

Nesse sentido, o artigo 31.º, n.º 5, do Novo Regime Jurídico da Concorrência dispõe expressamente que a “informação e a documentação obtida no âmbito da

⁵¹ Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, p. 30.

⁵² Cf., Benjamim Silva Rodrigues, *Da Prova Penal*, tomo II, p. 585.

⁵³ Para Luís Guilherme Catarino, o princípio da presunção de inocência “desempenha ao mesmo tempo duas funções: enforma o estatuto material do arguido, cujo direito à presunção de inocência impossibilita a autoridade administrativa de o considerar culpado antes de juízo formal fundamentado; enforma o estatuto processual e determina as regras do jogo procedimental no exercício de *jus puniendi*” (*in* “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes”, p. 715).

⁵⁴ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, p. 29.

⁵⁵ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, p. 32.

supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização, nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efectuadas pela Autoridade da Concorrência”.

Também o Regime Geral das Contraordenações o possibilita ao dispor que as entidades fiscalizadoras remetem imediatamente às autoridades administrativas competentes a participação e as provas recolhidas (artigo 48.º, n.º 3, RGCO).

Obviamente, e conforme já referido que a finalidade das inspeções não poderá ser a de obtenção de prova da prática de um ilícito, para esse efeito dispõe a Autoridade de outros mecanismos ao seu dispor, e, em última análise, da realização de diligências de busca e apreensão.

No entanto, e caso a Autoridade venha a encontrar prova incriminatória no decurso dos atos inspetivos, não podemos também esquecer que a Autoridade da Concorrência se encontra obrigada ao princípio de legalidade de promoção, “não podendo fechar os olhos nem às infracções, nem às provas disponíveis para o seu processamento”.⁵⁶ No mesmo sentido, também Luís Guilherme Catarino afirma que os funcionários da Autoridade que procedam à inspeção, “devem proceder à imediata comunicação de ilícitos à sua Administração”.⁵⁷

O aproveitamento dos elementos obtidos em sede de inspeções no âmbito de um processo contra-ordenacional não constitui uma violação do princípio da proibição da autoincriminação, consistindo numa restrição a esse direito legalmente prevista, constitucionalmente admissível e proporcional aos interesses que se visam proteger.

Como refere Frederico Costa Pinto, se os elementos obtidos em fase de supervisão não se pudessem utilizar como prova no processo contra-ordenacional, inutilizava-se a supervisão, retirando-lhe tutela sancionatória e inutilizava-se o processo de contraordenação, na medida em que a prova a incluir no mesmo ficaria dependente da boa vontade do infractor.⁵⁸

O mesmo defende Vânia Costa Ramos, ao afirmar que decorre claramente da configuração da Autoridade da Concorrência (entidade que concentra em si os poderes de fiscalização, investigação, decisão e punição), e do próprio regime da concorrência que os poderes sancionatórios previstos existem e são exercidos para garantia do regime de supervisão.⁵⁹

No entendimento de Frederico da Costa Pinto, quando for iniciado o processo contra-ordenacional, cessa parcialmente o dever de colaboração do arguido relativamente

⁵⁶ Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, p. 34.

⁵⁷ Cf., Luís Guilherme Catarino, “Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: Fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes”, p. 482-483.

⁵⁸ Neste sentido, Frederico Lacerda Costa Pinto, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio”, p. 69-70.

⁵⁹ Cf., Vânia Costa Ramos, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, p. 179.

aos factos que o possam responsabilizar, tendo direito ao silêncio, por aplicação subsidiária das regras de processo penal.⁶⁰

Concentrando a Autoridade da Concorrência poderes de supervisão e poderes sancionatórios (como sucede, aliás, com outras entidades, *v.g.*, a CMVM ou o Banco de Portugal), se fosse impedida de exercer articuladamente ambas as competências, criar-se-ia um vazio contrário à *mens legislatoris*.

A proibição da utilização de elementos recolhidos em sede de inspeções em processo sancionatório acabaria por criar um vazio de responsabilidade das empresas, na medida em que bastar-lhes-ia entregar um qualquer documento em processo de supervisão para que o mesmo não pudesse ser utilizado como prova num processo contra-ordenacional.

Ora, não existindo processos contra-ordenacionais sem prova, inutilizar-se-iam, assim, as competências contra-ordenacionais da entidade “mista”.

O que significa que não se está perante uma prova proibida ou de uso inadmissível (nos termos do artigo 126.º do Código de Processo Penal).

Sendo, como vimos, a própria lei a permitir a utilização de tais elementos nunca se poderá afirmar estarmos perante meios enganosos, na medida em que não existe qualquer engano, mas uma opção clara do legislador que é do conhecimento das empresas e que a estas é dado expressamente conhecimento aquando das diligências.

Aliás, mesmo em processo penal os documentos entregues têm valor probatório e podem ter valor probatório reforçado, caso se tratem de documentos autênticos ou autenticados.⁶¹

CONCLUSÕES

A Autoridade da Concorrência, enquanto entidade administrativa independente, encarregue de zelar pelo cumprimento das normas de defesa da Concorrência, pode levar a cabo diligências de inspeção no âmbito dos seus poderes de supervisão, conforme decorre dos seus Estatutos e da Lei da Concorrência.

As inspeções traduzem-se na atividade tendente a investigar e esclarecer determinados factos, e na qual se requerem dados, os quais, sendo necessários para a investigação, se podem extrair dos arquivos, dos documentos ou dos registos da empresa inspeccionada.

Sendo diligências distintas das buscas (em termos de forma, finalidades, meios utilizados e momento em que se processam), a Autoridade da Concorrência não pode lançar mão das mesmas – por virtude da menor exigência quanto à sua realização – com vista a conseguir aquilo que é o escopo das diligências de busca e apreensão:

⁶⁰ Cf., Frederico Lacerda Costa Pinto, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio”, p. 95. Na verdade, ainda antes de instaurado o processo sancionatório qualquer visado, ou mesmo testemunha, poderá invocar o direito ao silêncio se alegar que a resposta à pergunta colocada o puder incriminar. O mesmo não sucede, como vimos, quanto à entrega de documentos, a que, como vimos, se encontra adstrito.

⁶¹ Nos termos do preceituado no artigo 169 do Código de Processo Penal, que dispõe que “consideram-se provados os factos materiais constantes de documento autêntico ou autenticado enquanto a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentadamente postas em causa”.

obter prova da verificação de uma infracção da qual já tenha conhecimento ou já se encontre indiciada.

Pelo que assim que, no decurso de uma inspeção, obtenha prova (mesmo que indiciária) da prática de uma infracção, a Autoridade deverá dar início a um processo sancionatório.

A supervisão caracteriza-se por um poder geral de atuação que visa verificar o cumprimento dos mandatos legais através do tratamento da informação fornecida pelas empresas. Esse poder de carácter geral tem de ser acompanhado de poderes secundários, entre os quais, o poder de inspeção, e os pedidos de elementos de informação.

O poder de supervisão da Autoridade da Concorrência está dependente da colaboração das empresas, porquanto pressupõe que as mesmas respondam a inquéritos administrativos ou abram as portas das suas instalações com vista à realização de diligências de inspeção ou auditoria. Este dever de colaboração das empresas assume, no direito da concorrência, uma enorme importância, afirmando-se como um instrumento fundamental no desempenho das funções atribuídas à Autoridade da Concorrência.

O direito ao silêncio abrange tão só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos imputados, não abrangendo o direito de recusar a entrega de documentos ou quaisquer elementos que estejam em poder da empresa. As empresas não podem, assim, recusar-se a entregar um determinado documento, invocando que esse documento pode vir a ser utilizados para prova da infração em que tenham participado.

Neste sentido se tem pronunciado a jurisprudência comunitária e a jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, posição também já perfilhada em vários arestos do Tribunal da Relação de Lisboa.

Consagrando a lei, deveres de colaboração das empresas (artigo 18.º, n.º 1, alínea a), do Novo Regime Jurídico da Concorrência), as normas legais que oferecem tutela sancionatória abstracta aos poderes de autoridade não convertem os elementos obtidos em provas ilícitas. Assim, o facto de existir tutela sancionatória que garante a efetividade dos poderes de supervisão da Autoridade, não colide com a posição jurídica das empresas.

As proibições de prova, em contraordenações, como em processo penal, constituem verdadeiros limites à descoberta da verdade, enquanto finalidade processual, arrastando consigo a proibição de o tribunal as valorar em processo.

Mas só estamos perante meios enganosos de obtenção de prova quando há um erro provocado ativa e dolosamente pela entidade investigadora, através de palavras, declarações ou atos concludentes, que provocam no agente uma falsa representação da realidade, sendo esse erro determinante para a prestação da prova pelo agente.

No caso das inspeções efetuadas pela Autoridade da Concorrência, existe um quadro legal (artigo 31.º, n.º 5, do Novo Regime Jurídico da Concorrência), que permite a utilização dos elementos, pelo que o meio através do qual se obtém a prova não só não é enganoso como tem expressa previsão legal.

Sendo a própria lei a permitir a utilização de tais elementos nunca se poderá afirmar estarmos perante meios enganosos, na medida em que não existe qualquer engano, mas uma opção clara do legislador, que é do conhecimento das empresas, e que a estas é dado expressamente conhecimento quando das diligências.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

ANASTÁCIO, Catarina. O dever de colaboração no âmbito dos processos de contraordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: *Concorrência e Regulação*, ano 1, n. 1, jan.-mar., 2010, p. 199-235.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen, 2007.

CATARINO, Luís Guilherme. *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: fundamento e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*. Coimbra: Almedina, abr., 2010.

DIAS, Augusto Silva. O direito à não autoinculpação no âmbito das contraordenações do Código dos Valores Mobiliários. In: *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico Costa. Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas. In: *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. In: ANDÒ, Valeria (Coord.). *Proceso alla Prova*. p. 167-190.

GASPAR, António Henriques. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 15, 2005, p. 257-276.

MENDES, Paulo Sousa. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista da Concorrência e Regulação*, ano 1, n. 1, jan.-mar., 2010, p. 121-144.

_____. O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência. *Julgar*, n. 9, set.-dez., 2009, p. 11-28.

MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 19, n. 1, jan.-mar., 2009, p. 7-38.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MOURA, José Souto. A proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: VALENTE, Manuel Guedes (Coord.). *I Congresso de Processo Penal*. p. 33-51.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatórias al derecho procesal penal del enemigo. *Revista Penal*, n. 23, jan., 2009, p. 73-114.

PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. In: VALENTE, Manuel Guedes (Coord.). *I Congresso de Processo Penal*. p. 113-129.

_____. O problema penal do processo penal. In: PALMA, Maria fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. 2004. p. 41-53.

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

PINTO, Ana Luísa. *As buscas no Direito Processual Penal Português*. Relatório. de Mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004.

PINTO, Frederico Costa. Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito ao silêncio. In: *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RAMOS, Vânia Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa. *Revista da Concorrência e Regulação*, ano 1, n. 1, jan.-mar., 2010, p.175-198.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal: bruscamente... a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Tomo II. Lisboa: Rei dos Livros, 2010.

ROSA, Luís Bértolo. Consequências processuais das proibições de prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 20, n. 2, abr.-jun., 2010, p. 219-275.

ROXIN, Claus. *Passado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Tradução de Óscar Julian Guerrero Peralta. Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2007.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuela Leitão. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA, Miguel Moura. *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

VALENTE, Manuel. *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*. Almedina, Coimbra, 2006.

_____. Revistas e buscas: que viagem queremos fazer?. In: VALENTE, Manuel Guedes (Coord.). *I Congresso de Processo Penal*. p. 285-311.

_____. *Revistas e buscas*. Coimbra: Almedina, 2005.