



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 203/2009

Processo n.º 529/07 – 1ª Secção
Relator: Carlos Pamplona de Oliveira

ACORDAM NA 1.ª SECÇÃO
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Relatório

1.

Por decisão de 30 de Dezembro de 2005, a *Autoridade da Concorrência* sancionou a *AGEPOR – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal* aplicando-lhe uma coima no montante de € 195.000,00 por violação dolosa da proibição constante dos artigos 2.º n.º 1 alínea a) do Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de Outubro e artigo 4.º n.º 1 alínea a) da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho [“são proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa”], ordenando ainda que a arguida adoptasse as providências de cessar de imediato a elaboração, aprovação e divulgação das tabelas indicativas de preços máximos de serviços prestados pelos agentes de navegação fora dos termos previstos no artigo 5.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de Março, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 148/91 de 12 de Abril, ou seja, mediante prévia solicitação das autoridades portuárias, e publicitar, o mais tardar até 31 de Janeiro de 2006, junto das suas associadas e das autoridades portuárias, a adopção das medidas referidas na decisão.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Handwritten signature

Inconformada, a *AGEPOR – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal* impugnou a decisão, recorrendo para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

Na audiência de discussão e julgamento realizada no 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, em 24 de Maio de 2006, a recorrente requereu que o tribunal admitisse o seu acesso aos elementos até ao momento qualificados como confidenciais, acesso esse que “para garantir o respectivo efeito útil” deveria ser admitido antes do início da produção de prova.

Sobre este requerimento foi proferido despacho com o seguinte teor:

“ [...]”

Regula o art. 18 n.º 1 alínea d) do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei 18/2003 de 11/6 com epígrafe “Prestação de informações”, o poder da Autoridade de solicitar às entidades nele identificadas, documentos e outras informações que se revelem necessários, no exercício dos poderes sancionatórios de supervisão que são atribuídos à Autoridade por Lei, devendo esse pedido ser instruído, entre outros, com a informação de que as empresas deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais.

Refere ainda com interesse o art.º 26 n.º 5 do mesmo diploma legal que “na instrução dos processos a Autoridade acautela o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.”

É nosso entender, que, deverá existir articulação na apreciação de ambos os normativos referidos, cabendo à Autoridade acautelar o referido interesse antes de mais, tendo em atenção o “segredo de negócio” que é permitido às entidades mencionadas no art.º 18 ao fornecerem as informações solicitadas.

Relativamente à questão em apreciação e após consulta dos documentos que foram enviados com a menção de confidencial, constatamos antes de mais, depois da sua análise, que, apenas é feita menção fundamentada do pedido de confidencialidade, relativamente aos documentos numerados sob os n.ºs 1181 a 1240-A e 1241-A. Relativamente a todos os outros ou não é feita qualquer menção de confidencialidade ou, como a título de exemplo se refere as fls. 307, 1426 e 1435, apenas, quem fornece a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

informação, diz que a mesma deve ter a natureza confidencial, não fundamentando o porquê dessa confidencialidade.

Voltando aos normativos referidos, verificamos que a obrigação da Autoridade determinada pelo art.º 26 n.º 5 do supra mencionado, apenas se reporta à fase de instrução dos processos que terá sempre de ser atendida, no caso, como já tendo cessado face à decisão final proferida.

Importa assim, remetermo-nos apenas para o art.º 18 n.º 2 alínea d) também supra referido.

Considerando o teor deste normativo, é nosso entendimento desde logo afastar o não acesso da Recorrente aos elementos relativamente aos quais não é feita qualquer menção de não confidencialidade e aos elementos relativamente aos quais a mesma não é fundamentada. Entendemos assim, ser de conferir à Recorrente o acesso integral aos mencionados elementos de prova. Quanto aos documentos que supra citamos, que foram fornecidos com a menção de confidencial devidamente fundamentada pelas próprias empresas que os forneceram, entendemos face ao disposto no art. 18 n.º 1 alínea d) que se deverá manter o não acesso da Recorrente a esses elementos, sob pena de não se dar qualquer efeito prático ao mencionado normativo e não respeitar o princípio de confidencialidade que foi consagrado no mesmo, a apreciar pelas próprias entidades que fornecem as informações.

Assim em conclusão, defere-se o requerido acesso a todos os elementos inclusos nas pastas numeradas de 5 e 6 com a menção de “confidencial 1” e “confidencial 2”, com exceção dos elementos de fls. 1181 a 1240-A e 1241-A, concedendo-se à Recorrente um prazo razoável, que se entende ser de 15 dias, para consulta e análise dos mencionados documentos, fornecendo-se para o efeito cópia dos mesmos.”

Deste despacho a *AGEPOR - Associação dos Agentes de Navegação de Portugal* interpôs recurso para a Relação de Lisboa “na parte em que indefere o respectivo acesso às fls. 1181 a 1240-A e 1241-A”, alegando designadamente que “qualquer interpretação do artigo 18.º, n.º 1, alínea d), e do artigo 26.º, n.º 5, ambos da Lei da Concorrência, no sentido de que o Arguido possa ser julgado e condenado em processo de contra-ordenação, sem conhecer a totalidade dos elementos probatórios que foram reunidos durante a fase de instrução do processo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lu

e que constam desse mesmo processo, redunda em norma materialmente inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 10, da CRP”.

Finalmente, por sentença de 28 de Julho de 2006, o Tribunal de Comércio de Lisboa julgou o recurso de impugnação parcialmente procedente condenando a arguida pela prática da contra-ordenação prevista nos artigos 2.º n.º 1 alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro e artigo 4.º n.º 1 alínea *a*) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, punida nos termos do artigo 43.º n.º 1 alínea *a*) da Lei n.º 18/2003, na coima de € 130.000,00, devendo ainda: *(a)* cessar de imediato a elaboração, aprovação e divulgação de tabelas indicativas de preços máximos de serviços prestados pelos agentes de navegação fora dos termos previstos no artigo 5.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 76/89 de 3 de Março, com redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 148/91 de 12 de Abril, ou seja, apenas a elaboração de propostas de tabelas de preços máximos, mediante prévia solicitação das autoridades portuárias; *(b)* publicitar, junto das suas associadas e das autoridades portuárias, no prazo de um mês após o trânsito da presente decisão, a adopção da medida referida em *(a)* e pagar as custas do processo.

Pode ler-se na sentença, na parte que para agora releva, o seguinte:

“ [...]”

b) direito ao silêncio da recorrente.

Alega a recorrente, que a Autoridade da Concorrência citando normas incorrectas, solicitou-lhe, após comunicação de abertura de inquérito, vários documentos e informações que identifica, sob pena de, não cumprindo, ser-lhe aplicada uma coima, resultando que a interpretação conjugada dos artºs 17º n.º 1. al. a). 18º e 43º n.º 3 da Lei 18/2003, no sentido de obrigar a arguida a revelar, com verdade, de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos é inconstitucional, por violação dos artºs 1º, 20 n.º 4, 32º n.º 2, 8 e 10 da Constituição da República Portuguesa, gozando o arguido, em processo de contra-ordenação do direito ao silêncio, bem assim do direito à não auto-incriminação, à qual não pode ser compelido por nenhuma forma.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colm

Acrescenta que, face à inconstitucionalidade invocada ter-se-á de concluir que, todas as provas obtidas, no presente processo, com base nos art^{os} 17^o n.º 1 al. al. a), 18.º e 43.º n.º 3 da Lei 18/2003 são nulas e na medida em tais provas são nulas também não podem ser aproveitadas para nenhum fim, nomeadamente não podem ser aproveitadas para efeitos de uma decisão condenatória, devendo a decisão proferida ser revogada e substituída por outra que absolva a requerida, uma vez que, para além das referidas provas, não existem quaisquer outras que permitam sustentar a (inexistente) responsabilidade da Agepor.

Respondeu a autoridade da concorrência, dizendo, em síntese, que o referido direito não é aplicável no caso e que não se verifica qualquer inconstitucionalidade.

Cumpre decidir:

[...]

A Autoridade da Concorrência dispõe, de acordo com mencionado nos seus estatutos, aprovados pelo Dec.-Lei 10/03 de 18.01, para o desempenho das suas atribuições, de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

No exercício dos seus poderes sancionatórios, cabe à Autoridade investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir os respectivos processos, aplicar as sanções previstas na lei, adoptando medidas cautelares, quando necessário (art.º 7º n.º 2 al.s a) e b) dos referidos estatutos).

As infracções às normas previstas na Lei 18/03 de 11.06 e às normas comunitárias constituem contra-ordenação, nos termos do art.º 42º do mencionado diploma, puníveis com coima e sanção acessória de publicitação da infracção (art.º 45º).

Determina o art. 19º do mesmo diploma que os procedimentos sancionatórios, sem prejuízo do disposto na mencionada lei, seguem o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, ou seja, a determinação da aplicação do referido regime é feita, tendo em atenção, antes de mais, as especificidades da lei da concorrência (Lei 18/03).

Tendo em conta o referido, analisemos as regras de aplicação do direito subsidiário ao RGCO. Determina o art.º 41º deste regime que: "Sempre que o contrário não resulte desde diploma, são aplicáveis devidamente adaptados os preceitos reguladores do processo criminal".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Vejamos então a questão suscitada, tendo em atenção os referidos graus a percorrer, e a premissa de que estamos no âmbito de aplicação de direitos subsidiários.

Determina o art.º 61º n.º 1 al. c) do Cód. Proc. Penal, que o arguido goza em qualquer fase do processo e, salvas as excepções da lei, dos direitos de: "...não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar". É esta a norma invocada pela arguida.

Na espécie, foram solicitados à arguida documentos e informações ao abrigo do disposto nos art.ºs 17º n.º 1 al. a) e 18º da Lei da Concorrência, que determinam, respectivamente que:

"[...]".

Importa ainda citar, relativamente a esta matéria o disposto no art. 43º n.º 3 al. b) da Lei da Concorrência que determina que: Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas, 1 % do volume de negócios do ano anterior (...) a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas em resposta a pedido da Autoridade, no uso dos poderes sancionatórios ou de supervisão".

Ora na espécie, considerando o raciocínio feito anteriormente, revela-se necessário e admissível recorrer às regras processuais penais, designadamente, em concreto, à regra referida? A resposta tem de ser necessariamente negativa. Existem normas próprias que regulam a questão, punindo designadamente a omissão da conduta. Existindo estas normas, não é necessário, nem admissível, recorrer a normas aplicáveis subsidiariamente, por não se dever passar do referido primeiro grau de aplicação. Ou seja, o referido direito ao silêncio não é aplicável e não é aplicável justificadamente, em nosso entender, considerando as diferenças entre os direitos em análise e o papel e funções da Autoridade da Concorrência referidas supra.

Quanto à suscitada inconstitucionalidade, verifiquemos antes de mais o disposto nos normativos constitucionais citados:

Determinam, respectivamente:

Art.º 1º da Constituição que: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária";



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Handwritten signature

Art.º 20.º n.º 4: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”:

Art.º 32º n.ºs 2: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”;

8-“São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”:

10 “Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido, os direitos de audiência e defesa”. Analisemos com particular cuidado o disposto no citado n.º 10, face à posição da arguida na invocação da alegada inconstitucionalidade.

Referem com interesse, relativamente a esta norma, Jorge Miranda, Rui Medeiros, em Constituição Portuguesa Anotada que: “O n.º 10 garante ao arguido em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar, ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido e, possa defender-se das imputações que lhe são feitas (...) A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender” (Tomo I. Coimbra Editora. pág. 363).

Ou seja, se é certo que resulta da norma citada que o legislador pretendeu a aproximação referida pela arguida, essa aproximação ao Direito Processual Penal, a nível constitucional, foi restringida, tal como se constata da interpretação do normativo, que consagra “apenas”, constitucionalmente, a nível dos referidos processos, os direitos de audiência e defesa ou seja, tal como referem os AA referidos, o direito de o arguido ser previamente ouvido e o direito de se poder defender (e não quaisquer outros, designadamente o referido direito ao silêncio), não resultando desta consagração (audiência e defesa) qualquer repetição por se tratar do exercício de dois direitos claramente distintos.

No que respeita a esta matéria, importa citar o referido no Acórdão do Tribunal Constitucional 278/99 (em www.tribunalconstitucional.pt/acordaos) “No domínio do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Edm

processo contra-ordenacional, este Tribunal tem-se pronunciado no sentido de uma não estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal (cfr. acórdão n.º 158/92), sem deixar, no entanto, de sublinhar a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”, como se escreveu no acórdão n.º 469/97, publicado no mesmo jornal oficial, II. Série de 16.10.1997. Na verdade, a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais “rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal” (Maria Fernanda Palma e Paulo Otero “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVII 2. 1996. pág. 564) e isto (acrescentamos nós) independentemente das opções legislativas mais ou menos correctas ou criteriosas do legislador.

Ora tendo em atenção o supra referido e as normas constitucionais invocadas, não se vislumbra, em nosso entender, qualquer violação de normas ou princípios constitucionais pela interpretação normativa posta em crise.

Antes de mais, no que respeita ao mencionado art.º 1, por não se alcançar qualquer violação do consagrado no mesmo, designadamente dos seus princípios declarativos.

Quanto ao art.º 20º n.º 4 que consagra o direito a um processo equitativo, não se pode considerar o mesmo violado, apenas face à existência das normas em apreço.

As normas em crise, tal como surgem, não afastam a efectividade do direito de defesa, no processo, do arguido, bem como os princípios do contraditório e da igualdade de armas ou seja igualdade processual, tendo em atenção que esta última não é absolutamente incompatível com a atribuição ao Estado ou aos poderes públicos de um tratamento processual diferenciado relativamente às partes processuais em geral, desde que essa diferenciação não seja arbitrária, irrazoável ou infundada e não envolva uma compressão excessiva do princípio da igualdade de armas (cfr. entre outros Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 516/94, 616/98, 688/98 e 153/02).

No que respeita ao art.º 32º, na parte citada pela arguida, importa ter em atenção, o conteúdo e previsões constitucionais previstas nos mesmos e não as interpretações da arguida, não sendo as normas referidas, por si só, violadoras do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

processo contra-ordenacional, este Tribunal tem-se pronunciado no sentido de uma não estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal (cfr. acórdão n.º 158/92), sem deixar, no entanto, de sublinhar a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”, como se escreveu no acórdão n.º 469/97, publicado no mesmo jornal oficial, II. Série de 16.10.1997. Na verdade, a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais “rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal” (Maria Fernanda Palma e Paulo Otero “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVII 2. 1996. pág. 564) e isto (acrescentamos nós) independentemente das opções legislativas mais ou menos correctas ou criteriosas do legislador.

Ora tendo em atenção o supra referido e as normas constitucionais invocadas, não se vislumbra, em nosso entender, qualquer violação de normas ou princípios constitucionais pela interpretação normativa posta em crise.

Antes de mais, no que respeita ao mencionado art.º 1, por não se alcançar qualquer violação do consagrado no mesmo, designadamente dos seus princípios declarativos.

Quanto ao art.º 20º n.º 4 que consagra o direito a um processo equitativo, não se pode considerar o mesmo violado, apenas face à existência das normas em apreço.

As normas em crise, tal como surgem, não afastam a efectividade do direito de defesa, no processo, do arguido, bem como os princípios do contraditório e da igualdade de armas ou seja igualdade processual, tendo em atenção que esta última não é absolutamente incompatível com a atribuição ao Estado ou aos poderes públicos de um tratamento processual diferenciado relativamente às partes processuais em geral, desde que essa diferenciação não seja arbitrária, irrazoável ou infundada e não envolva uma compressão excessiva do princípio da igualdade de armas (cfr. entre outros Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 516/94, 616/98, 688/98 e 153/02).

No que respeita ao art.º 32º, na parte citada pela arguida, importa ter em atenção, o conteúdo e previsões constitucionais previstas nos mesmos e não as interpretações da arguida, não sendo as normas referidas, por si só, violadoras do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

princípio da presunção da inocência, dos meios de obtenção de prova ou dos direitos específicos, nos termos supra referidos consagrados no n.º 10 do art.º 32º.

Conclui-se assim no sentido da não verificação das referidas inconstitucionalidades, e concluindo nesse sentido, teremos de concluir igualmente pela não verificação da invocada nulidade de obtenção de provas, por as mesmas, desde logo, na parte que nos interessa, não terem sido obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa da integridade física ou moral ou ameaça com medida legalmente inadmissível, mas sim através de um meio válido consagrado pelo legislador, o disposto nos art.ºs 17º n.º 1 al. a) e 18º Lei 18/2003).

A este respeito importa citar com interesse a posição do Tribunal de Justiça, no Acórdão (Quinta Secção) de 07.01.2004, Aalborg Portland e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, que refere, ainda que a propósito do Regulamento n.º 17, que no cumprimento das suas funções, deve a comissão velar para que os direitos de defesa não sejam comprometidos no âmbito de processos de instrução prévia, que possam ter carácter decisivo para a produção de provas de natureza ilegal, de comportamentos de empresas susceptíveis de implicar a respectiva responsabilidade. Acrescentando ainda que, a comissão não pode, no âmbito de um pedido de informações, impor a uma empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais esta seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à comissão.

Ora, na espécie, analisando a questão por esta perspectiva, compulsada a solicitação feita pela Autoridade à Agepor (fls. 62 e 63 do processo administrativo), concluímos que a Autoridade apenas solicitou à Agepor elementos documentais e informativos "objectivos": cópias de tabelas, números de associados, contactos e números de agentes de navegação, indicação das associadas mais representativas do sector, indicação de empresas não associadas, caracterização do mercado, indicação de volumes de negócios. Informações que a serem prestadas, nos termos solicitados, não permitiam desde logo, de "per si" levar a arguida a admitir a existência de uma infracção.

[...]

d) Aplicação da lei no tempo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

elias

Concluindo-se pela prática da infracção importa analisar a lei aplicável à punição da infracção, defendendo a arguida que o regime do Dec-Lei 371/93 é o mais favorável, logo deveria ter sido o aplicado.

Vejamos:

Refere o art. 3.º do RGCO que “A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende”.

De acordo com o disposto no art. 5º do mesmo diploma legal “O facto considera-se praticado no lugar em que, total ou parcialmente e sob qualquer forma de participação, o agente actuou ou, no caso de omissão devia ter actuado, bem como naquele em que o resultado típico se tenha produzido”.

Na espécie, o início da infracção punida, iniciou-se em 2001, encontrando-se à data em vigor o Dec.-Lei 371/93 de 29.10.

As tabelas foram elaboradas, aprovadas e divulgadas até 2004 já na vigência da Lei 18/2003 de 11.06.

Importa concluir no caso que estamos perante um ilícito contra-ordenacional permanente, existindo uma conduta anti-jurídica mantida do tempo ou seja, o momento da consumação perdura no tempo, e enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infracção.

Tal como referem claramente Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa, posição, com a qual concordamos: As contra-ordenações de carácter permanente (...) inserem-se no campo de aplicação da lei nova, ainda que mais severa, desde de que prossiga na sua vigência a conduta necessária à permanência do resultado.”.

Ou seja perdurando no tempo a consumação da infracção a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova e não à luz da lei mais favorável, uma vez que o agente à luz da lei nova encontra-se a cometer a infracção (diversamente do que sucede nas contra-ordenações instantâneas em que o resultado fica definido logo que cometidas). Continuando o agente a cometer a infracção à luz da lei nova, ainda que mais gravosa, não deverá o mesmo, como defendem os referidos autores, beneficiar da lei mais favorável.

Não tem assim razão de ser o afirmado pela arguida relativamente ao erro de direito relativo à aplicação da lei no tempo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

Não assiste igualmente razão à arguida na invocada inconstitucionalidade, não se alcançando qualquer violação do princípio da culpa, tendo em atenção que a arguida cometeu a infracção na vigência da lei antiga e da lei nova.

[...]"

Ainda inconformada, a *AGEPOR – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal* recorreu desta sentença para a Relação de Lisboa, alegando designadamente que “a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos, é inconstitucional, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 2, 8 e 10 da CRP” e que “qualquer interpretação do artigo 3.º, n.º 1 e 2, do RGCO, no sentido de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao Arguido, viola o princípio da culpa, o qual vem consagrado nos artigos 1.º, 2.º, 25.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, e 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, todos da CRP, pelo que redundaria em norma materialmente inconstitucional”.

Mas a Relação de Lisboa, por acórdão de 15 de Março de 2007, negou provimento ao recurso, confirmando integralmente a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa.

Pode ler-se no acórdão, na parte que para agora releva, o seguinte:

“[...]

Seguindo um critério de lógica e cronologia preclusivas, começaremos por apreciar a questão suscitada no recurso interlocutório, ou seja, se o despacho recorrido, constante de fls. 6860 a 6862, que determinou a manutenção da confidencialidade de determinadas peças processuais, ao abrigo do disposto no art. 18 n.º 1 – d) e 26 n.º 5 da L.18/2003 de 11/06, viola o disposto no artº 32 da C.R.P.

Do despacho recorrido resulta que à recorrente, apenas foi vedado o acesso aos documentos constantes de fls. 1181 a 1240-A e 1241-A, por aplicação do disposto nos artºs. 18 n.º 1 – d) e 26 n.º 5 da L. 18/2003 de 11/06.

Entende a recorrente que, por esse facto, foi afectado o seu direito de defesa.

Cremos não lhe assistir razão.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lu

Desde logo, porque à recorrente foi-lhe dado conhecimento de todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, tendo sido notificada para exercer o seu direito de defesa e assim o fez, respondendo ao que lhe foi imputado,

O facto de existirem documentos nos autos, a que a arguida não teve acesso, não permite concluir sem mais que o seu direito de defesa não foi exercido, tanto que, tal prova documental nem sequer foi determinante, atenta a fundamentação constante da sentença, quanto à fundamentação da matéria de facto, para a sua condenação.

Por outro lado, o direito de confidencialidade de informações e documentos, está expressamente consagrado na Lei da Concorrência — art.º 18º n.º 1 al. d) e 26º n.º 5 e não nos parece que, o mesmo viole o direito de defesa do arguido.

A jurisprudência citada pela recorrente (teor da doutrina que perpassa pelo Assento n.º 1/2003, de 28/11/2002, publicado in D.R. Série I-A, de 25/01/2003) não contempla os casos em que o conhecimento de certos elementos processuais é vedada, por imperativo legal, a certos intervenientes.

De acordo com tal doutrina “I – Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50º do RGCO, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, notificá-lo-á para – no prazo que o regime específico do procedimento prever ou, na falta deste, em prazo não inferior a dez dias – dizer o que se lhe oferecer (artigo 101º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo).

II – A notificação fornecerá os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (artigo 101º, n.º 2) e, na resposta, o interessado pode pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos (artigo 101º, n.º 3)”.

Ora in casu, a recorrente tomou conhecimento de todos os aspectos relevantes para a decisão, tendo sido notificada para exercer o seu direito de defesa, o que fez, não havendo, pois, violação de tal direito (no mesmo sentido, entre outros: (Ac. do TCAS, de 19/11/2002, e Ac. do TCAS, de 11/05/2002, in, www.tca.pt; e Ac. do TCAS, de 24/02/2005, in, www.tca.pt).

Estando o direito de confidencialidade de informações e documentos expressamente consagrado nos artºs. 18 n.º 1 – d) e 26 n.º 5 da Lei da Concorrência, que obriga a entidade administrativa de guardar e fazer respeitar a confidencialidade das informações



Colares

prestadas por empresas ou outros intervenientes, o indeferimento da permissão de exame a certos documentos confidenciais, não afecta os direitos de defesa, sobretudo quando se não demonstra, que a decisão condenatória se baseou em tais documentos para fundamentar a existência da infracção.

Em conformidade, mantendo-se o decidido no despacho de fls. 6860 a 6862, improcede nesta parte o recurso interposto pela recorrente, Agepor.

11 – RECURSO PRINCIPAL:

Para a apreciação das questões suscitadas neste recurso, relembremos o teor da decisão condenatória.

[...]

12 – Cumpre Apreciar e Decidir:

[...]

As questões suscitadas pela recorrente, como já se observou, são:

- a) - nulidade das provas obtidas, por violação do direito ao silêncio, por entender a recorrente, ser inconstitucional a norma que resulta da aplicação conjugada dos artºs. 17 nº 1 – c); 18 e 43 nº 3 da L. 18/2003, por contender com os artºs. 1, 2, 20 n.º 4 e 32 n.º 2, 8 e 10 da C.R.P.);
- b) - nulidade resultante da falta de determinação do tipo subjectivo da infracção imputada.
- c) - nulidade do processo, logo em fase administrativa, decorrente da invocação tardia pela autoridade administrativa de documentação constante do processo desde Outubro de 2004;
- d) - nulidade do processo decorrente da não disponibilização à recorrente, na fase administrativa, de elementos documentais que já constavam do procedimento quando da resposta à nota de ilicitude e da impugnação judicial.
- e) - incorrecta interpretação jurídica das consequências que resultam de um certificado negativo/isenção emitido pela Comissão Europeia ao abrigo do Regulamento (CEE) nº 17;
- f) - determinação da medida da coima aplicada, que a recorrente entende não corresponder ao volume de negócios alcançados, que no seu entender serão de 18.294.838,40 e não 59.793.685,40, a que corresponderia a coima de 39.669,79€.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

13 – Quanto a estas questões, algumas das quais suscitadas no recurso de impugnação judicial, o Tribunal recorrido decidiu-as da seguinte forma:

[...]

14 - Cumpre Decidir:

Quanto a estas cinco questões suscitadas pela recorrente no recurso de impugnação judicial e neste, o Tribunal recorrido já as analisou, da forma supra transcrita, com profundidade bastante.

Ademais, todos os dados factuais e jurídicos, bem como o discurso lógico-discursivo e decisório correspondente, se encontram inequivocamente enunciados e descritos no aresto reclamado.

E o raciocínio no mesmo plasmado, quanto a tais questões, revela-se perfeitamente cristalino e clarividente, por forma a que este tribunal *ad quem*, o subscreve integralmente.

15 - Quanto à determinação da medida da coima aplicada:

[...]

Decisão:

Nestes termos, e com os fundamentos expostos, acordam os mesmos Juizes, em conferência, em rejeitar os recursos, por manifestamente improcedentes, confirmando a sentença recorrida.

[...]”

2.

É deste acórdão que a recorrente interpõe o presente recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro) suscitando três questões de inconstitucionalidade que identifica desta forma no requerimento de interposição:

– *A (in)constitucionalidade da norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43º, 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*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

coima, determinadas informações e documentos, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 2, 8 e 10 da CRP.

– A (in)constitucionalidade da norma que resulta da interpretação do artigo 3.º, n.º 1 e 2, do RGCO, no sentido de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao arguido, por violação do princípio da culpa, o qual vem consagrado nos artigos 1.º, 2.º, 25.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, e 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, todos da CRP.

– A (in)constitucionalidade da norma que resulta da interpretação do artigo 18.º, n.º 1, alínea d), e do artigo 26.º, n.º 5, ambos da Lei n.º 18/2003, no sentido de que o Arguido possa ser julgado e condenado em processo de contra-ordenação, sem conhecer a totalidade dos elementos probatórios que foram reunidos durante a fase de instrução do processo, e que constam desse mesmo processo, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1, 2, 5 e 10, e do artigo 18.º, n.º 2, ambos da Constituição.

O recurso foi recebido. Notificada para produzir alegações, a recorrente rematou-as com as seguintes conclusões:

“ [...]”

1. No âmbito da aplicação da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que estabelece o regime jurídico da concorrência, e em sede de processo contra-ordenacional, a Autoridade da Concorrência solicitou, ao abrigo dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º, e 43.º, n.º 3, da referida lei, à Arguida um conjunto de informações e de documentos, *ameaçando* com a aplicação de uma coima de valor especialmente elevado.

2. A participação do arguido no processo contra-ordenacional é sempre limitada pelo integral respeito pela sua vontade, ao longo de todo o procedimento, quer estejamos em sede de inquérito, de instrução ou de julgamento – sendo este *sujeito* e não *objecto* do processo a sua posição há-de ser sempre de livre e esclarecida declaração e participação, não podendo, em consequência, ser penalizado pelo silêncio a que se reserve.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luiz

3. Nestes termos, fica proibida a aplicação de uma coima, ainda mais de uma medida sancionatória, com o intuito de obrigar o arguido a colaborar, sem qualquer tipo de reservas, na sua auto-incriminação perante a autoridade administrativa.

4. Contudo, o disposto nos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, interpretados de forma conjugada, vêm excepcionar o referido regime previsto no RGCO (artigo 41.º, *ex vi* do artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003), por remissão para o artigo 61.º, n.º 1, alínea c), e 191.º, n.º 1, ambos do CPP, determinando que, sob pena de aplicação de coimas o Arguido tem a obrigação de revelar com verdade e de forma completa todas e quaisquer informações que lhe sejam solicitadas pela Autoridade da Concorrência.

5. Tais normas contendem com o privilégio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) cuja consagração constitucional decorre dos artigos 1.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, 2, 8 e 10 da CRP, bem como do artigo 6.º da CEDH.

6. Os direitos processuais dos arguidos em processo de contra-ordenação passaram a ter assento no texto da Lei Fundamental, no respectivo artigo 32.º, n.º 10, com a revisão constitucional de 1989, tendo essa norma sido integrada em termos sistemáticos, no âmbito das normas relativas às garantias dos arguidos em processo crime e não – como em tese seria admissível – no Título IX da CRP respeitante à Administração Pública, em particular no artigo 268.º da CRP – o que se traduz na constatação de que o legislador constitucional pretende, no plano das garantias processuais dos arguidos aproximar o Direito Contra-Ordenacional do Direito Penal e Processual Penal, e dos respectivos princípios estruturais e estruturantes, de entre os quais se contam o princípio da legalidade (*nullum crime sine lege e nulla poena sine lege*), o princípio da jurisdicionalidade (possibilidade de acesso a um Tribunal judicial) e o princípio da presunção de inocência.

7. Um dos principais corolários do princípio da presunção de inocência do arguido (para além do *in dubio pro reo*) consiste, exactamente, na recusa absoluta de qualquer forma de tortura, coacção, agressão ou qualquer outra medida (*in casu*, ameaça de aplicação de uma coima) que limite ou condicione a liberdade do Arguido, no sentido de o obrigar, sem reservas, a prestar declarações, disponibilizar documentos ou esclarecimentos sobre os factos em causa no processo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

shu

8. O arguido em processo contra-ordenacional, no âmbito da Lei n.º 18/2003, não pode ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, devendo todas as provas obtidas ao abrigo da norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003 (norma essa que é inconstitucional) ser consideradas nulas.

9. Ao contrário do sustentado pelo Tribunal *a quo*, existe, com consagração e protecção constitucional, um verdadeiro “direito ao silêncio”, no âmbito dos processos abertos por infracção ao regime concorrencial, padecendo as normas em crise de inconstitucionalidade — como não podia, aliás, deixar de ser, no âmbito de um processo leal, de um *due process of law*, que o Estado de direito democrático postula. É absolutamente pacífico — é absolutamente pacífico na doutrina e na jurisprudência — que o direito ao silêncio resulta directa e imediatamente do princípio de presunção de inocência, o qual tem assento expresso no artigo 32.º, n.º 2 da CRP, pelo que toda e qualquer excepção ao referido direito não poderá colocar em crise o conteúdo essencial desse mesmo direito, por força do artigo 18.º da CRP.

10. A sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, à qual o Tribunal da Relação de Lisboa adere, estabelece que os elementos que a arguida foi obrigada a fornecer traduzem elementos “objectivos” que não levam a arguida a reconhecer o ilícito, no entanto, esses mesmos elementos “objectivos” são considerados essenciais para fundamentar a prática do ilícito pela arguida, tal como resulta do já acima exposto e que se dá aqui por reproduzido.

11. A constitucionalização, a partir de 1989, dos direitos de audiência e de defesa no processo contra-ordenacional envolve um redignificação e projecção desses direitos, tendo sido nesse sentido que operou também o Decreto-Lei n.º 244/95, que veio alterar o RGCO, aproximando de forma notória o processo contra-ordenacional do processo penal, concorrendo, no mesmo sentido, o Assento de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003, do STJ.

12. A importância de que se reveste a produção de prova em processo contraordenacional enquanto superação de um modelo inquisitorial do processo e conquista basilar do processo de estrutura acusatória, tem subjacente a ideia da existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade, limites que se traduzem nos conceitos e regime das proibições de prova.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. As normas colocadas em crise não respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade, dado que ao abrigo da Lei n.º 18/2003, a autoridade administrativa pode, tal como resulta expressamente do artigo 17.º, n.º 1, alíneas c) e d), e n.º 2, da Lei n.º 18/2003, mediante “despacho de autoridade judiciária que autorize a sua realização”, “proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público (...)”, sem colocar em crise o direito ao silêncio e à não auto-incriminação da arguida.

14. Verifica-se, por conseguinte, que a Lei n.º 18/2003, confere outros meios à Autoridade da Concorrência que lhe permitem, de igual modo, aceder a informações e elementos relativos à arguida, sem colocar em crise os princípios informadores do direito de defesa.

15. As normas em crise da Lei n.º 18/2003, são excessivas, inquisitoriais, desadequadas e desproporcionadas para a prossecução das finalidades específicas do processo contra-ordenacional e para os fins previstos na Lei da Concorrência, dado que coarctam, sem qualquer tipo de limite, o direito à não auto-incriminação, exigindo a disponibilização de forma completa, com verdade e sem reservas, de todo e qualquer tipo de informação e de elementos solicitados pela autoridade administrativa à arguida, incluindo aqueles que levam a verificação dos pressupostos do ilícito contra-ordenacional, tal como sucedeu no caso sub judice.

16. Nestes termos, deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade, sem reservas e de forma completa, sob pena de coimas, determinadas informações e documentos, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 2, 8 e 10 da CRP, bem como do artigo 6.º da CEDH.

17. A infracção contra-ordenacional nos presentes autos foi caracterizada como permanente, tendo tido início em 2001, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 371/93 (correspondendo o montante máximo da coima abstractamente aplicável, ao abrigo do respectivo artigo 37.º, a 200.000.000\$00) e terminado em 2004, já na vigência da Lei n.º 18/2003 (equivalendo, neste último caso, o montante máximo da coima abstractamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aplicável a 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas da arguida que hajam participado no comportamento proibido, no caso sub judice 5.973.368,54 euros).

18. Na infracção permanente existe uma só acção, uma só resolução delitual, tendo a (alegada) consciência da ilicitude sido formada pela arguida na vigência do Decreto-Lei n.º 371/93, sendo certo que o conhecimento da proibição legal é sempre indispensável para que se tenha acesso à consciência da ilicitude, uma vez que o comportamento subjacente é axiologicamente neutro.

19. A infracção teve início em 2001, tendo a arguida actuado durante dois anos e meio ao abrigo da vigência do Decreto-Lei n.º 371/93, sendo que o comportamento prolongou-se ao abrigo da Lei n.º 18/2003 apenas durante seis meses, pelo que a aplicação a todo o alegado comportamento da Lei n.º 18/2003, traduz uma violação do princípio da culpa e da proporcionalidade, visto que implica a aplicação de lei mais gravosa do que aquela que estava em vigor no momento em que a arguida formou a consciência da ilicitude da sua conduta.

20. Para tal conclusão concorrem igualmente os princípios – que são gerais e estruturantes de qualquer ordenamento jurídico sancionatório – do tratamento mais favorável do arguido. O qual, se tem aplicação na situação em que a lei mais favorável é posterior à consumação do facto ilícito, por maioria de razão, deverá também ter aplicação quando a lei mais favorável é contemporânea do facto ilícito.

21. Pelo que qualquer interpretação do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO, no sentido de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao arguido, para além de violar o artigo 7.º, n.º 1, da CEDH, viola o princípio da culpa, o qual vem consagrado nos artigos 1.º, 2.º, 25.º, n.º 1; 27.º, n.º 1, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, todos da CRP.

22. No âmbito da Lei n.º 18/2003, especificamente no âmbito do procedimento contra-ordenacional, a partir do momento da notificação da Nota de Ilícitude (Acusação), o arguido tem de ter acesso, sempre que o solicite, aos elementos probatórios do processo que poderão alicerçar e fundamentar – ainda que, em concreto, possam vir a ser considerados como não relevantes – a decisão final.

23. Ainda que o processo contra-ordenacional não assuma a complexidade do processo penal, não pode revestir uma estrutura inquisitória que atente às garantias fundamentais



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lu

consagradas nos artigos 32.º, n.ºs 1, 2, 5 e 10, e 18.º, n.º 2, ambos da CRP. Destarte, as formas do exercício do direito de defesa sob a vertente da total aplicação do contraditório são, como tal, um direito fundamental do arguido do processo de contra-ordenação que tem lugar perante um Estado de direito.

24. No processo que suscitou a presente inconstitucionalidade normativa, a autoridade administrativa e o Tribunal a quo, tiveram contudo, entendimento diverso, dado que foi precluído o direito de exercer o contraditório, aquando da Resposta à Nota de Ilícitude (Acusação) e da Impugnação Judicial, impedindo-se o acesso da arguida a elementos documentais constantes do processo, que foram, aliás, invocados contra a arguida.

25. A questão de inconstitucionalidade normativa resulta da violação do artigo 32.º, n.ºs 1, 2, 5 e 10, e do artigo 18.º, n.º 2, ambos da CRP, uma vez que, ainda que as decisões judiciais do presente processo (não) se tenham fundamentado nos documentos e informações qualificadas como “confidenciais”, a verdade é que a arguida viu postergada a possibilidade de verificar se esses documentos tinham serventia e utilidade para a respectiva Defesa.

26. Num Estado de direito democrático, regido pelo *due processo of law*, não é admissível que uma autoridade administrativa [que concentra as funções de direcção do inquérito, da instrução (formulação da Acusação), condução da instrução e prolação da decisão condenatória], ainda arrogue o poder de determinar quais os elementos do processo que interessam (ou não) à defesa e que podem (ou não) ser acedidos pela defesa – possibilidade essa confirmada, sem delongas, pelo Tribunal do Comércio de Lisboa e pelo Tribunal *a quo*.

27. Qualquer interpretação do artigo 18.º, n.º 1, alínea d), e do artigo 26.º, n.º 5, ambos da Lei n.º 18/2003, no sentido de que o arguido possa ser julgado e condenado em processo de contra-ordenação, sem conhecer a totalidade dos elementos probatórios que foram reunidos durante a fase de inquérito e de instrução (aquando da resposta à Acusação, aquando da Impugnação judicial ou aquando da audiência de julgamento), e que constam desse mesmo processo, redundaria em norma materialmente inconstitucional, por violação dos artigos 32.º, n.ºs 1, 2, 5, e 10, e 18.º, n.º 2, ambos da CRP, bem como dos artigos 5 n.º 2 e 6.º n.ºs 1 e 3, alíneas a) e b), da CEDH.
[...].”



[Assinatura]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O representante do Ministério Público neste Tribunal e a *Autoridade da Concorrência* apresentaram as suas contra-alegações. O relator convidou a recorrente a pronunciar-se sobre questão determinante do não conhecimento do objecto do recurso. A recorrente respondeu nos termos que constam a fls. 7941 e seguintes.

Fundamentação

3.

O recurso previsto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 70º da LTC cabe das decisões dos tribunais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido levantada durante o processo, devendo o recorrente ter suscitado a questão da inconstitucionalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer – n.º 2 do artigo 72º da LTC. O recurso radica-se no pressuposto de que a norma cuja conformidade constitucional o recorrente visa apreciar tenha sido efectivamente aplicada na decisão recorrida enquanto seu fundamento, pois só assim a eventual procedência do recurso terá utilidade, determinando a pretendida alteração daquela decisão.

Daqui decorre que a tarefa do Tribunal se não estende à verificação dos pressupostos de aplicação da norma impugnada, nem visa apurar se a interpretação com que foi aplicada ao caso é correcta e própria. Isto é: não cabe ao Tribunal Constitucional sindicar a decisão recorrida em si mesmo considerada, incumbindo-lhe apenas averiguar, num primeiro passo, da verificação dos pressupostos do recurso e, depois, se a norma que o tribunal recorrido aplicou se mostra, ou não, desconforme com a Constituição.

Como resulta do requerimento de interposição de recurso e das alegações apresentadas, o recorrente pretende que o Tribunal Constitucional aprecie a conformidade constitucional de três normas cujo enunciado apresenta da seguinte forma:



Handwritten signature

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(i.) a interpretação conjugada dos artigos 17.º n.º 1 alínea *a*), 18.º, e 43º n.º 3 da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho, no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de aplicação de uma coima, as informações e documentos que lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência;

(ii.) a interpretação do artigo 18.º n.º 1 alínea *d*) e do artigo 26.º n.º 5, ambos da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho, no sentido de que o arguido possa ser julgado e condenado em processo de contra-ordenação sem conhecer a totalidade dos elementos probatórios que foram reunidos durante a fase de instrução do processo, e que constam desse mesmo processo;

(iii.) a interpretação do artigo 3.º n.ºs 1 e 2 do RGCO, no sentido de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao arguido.

Ora, a decisão recorrida não aplicou as normas identificadas em (i.) e (ii.).

Com efeito, a Relação de Lisboa não aplicou os artigos 17.º n.º 1 alínea *a*), 18.º, e 43º n.º 3 da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho, no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de aplicação de uma coima, as informações e documentos que lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência.

Como decorre do texto da sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, a cuja fundamentação a decisão recorrida aderiu, entendeu-se que dos citados preceitos decorre para o arguido a obrigação de revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de aplicação de uma coima, os elementos documentais e informativos “objectivos”, que lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, não susceptíveis de “per si” levar o arguido a admitir a existência de uma infracção.

Ou seja, o tribunal recorrido não adoptou o entendimento, que a recorrente pretende ver sindicado, de que o arguido é obrigado a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de aplicação de uma coima, “todo e qualquer tipo de informação e de elementos solicitados pela autoridade administrativa” (cfr. conclusões 4. e 15.).

Pelo contrário, entendeu o tribunal recorrido que a obrigação de o arguido revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de aplicação de uma coima, informações e documentos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

se restringe a elementos objectivos que não permitem de "per si" levar o arguido a admitir a existência de uma infracção.

Confrontada com esta questão, a recorrente respondeu. Invoca, essencialmente:

14. A referência aos «*elementos documentais e informativos "objectivos", que lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, não susceptíveis de "per si" levar o arguido a admitir a existência da infracção*», que pode ser encontrada na sentença recorrida, funciona como mero *obiter dictum*, que visa, apenas, confirmar o alegado bem fundado da posição do Tribunal do Comércio à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Contudo, não é certo que a interpretação retirada pelo tribunal recorrido da disposição legal em causa constitua um mero *obiter dictum*. Na verdade, tal elemento é essencial à norma e sem ele não é possível identificar, com o necessário rigor, o sentido com que foi aplicada; é que é exactamente esta a questão de inconstitucionalidade que foi suscitada pela recorrente, e que agora é apresentada ao Tribunal conjuntamente com a invocação do chamado "privilégio da não auto-incriminação" que garantiria que o arguido "não pode ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação", como sustenta na sua alegação. A questão apresenta-se, por isso, totalmente ligada à virtualidade de os elementos pedidos pela autoridade administrativa fundamentarem a incriminação do apresentante. Ora, é a essa questão que o tribunal respondeu na fórmula acima descrita, que *altera* radicalmente o seu alcance preceptivo; a norma enunciada pela recorrente não coincide, portanto, com aquela que foi aplicada pelo tribunal recorrido.

O Tribunal recorrido também não aplicou o artigo 18.º n.º 1 alínea d) e o artigo 26.º n.º 5 ambos da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho, com o sentido que a recorrente enuncia, ou seja, no sentido de que o arguido pode ser julgado e condenado em processo de contra-ordenação sem conhecer a totalidade dos elementos probatórios que foram reunidos durante a fase de instrução do processo, e que constam desse mesmo processo.

O que o Tribunal recorrido entendeu, como decorre do texto da decisão do Tribunal do Comércio de Lisboa e do acórdão da Relação de Lisboa, é que o arguido em processo de contra-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ordenação pode não ter acesso às informações que foram recolhidas pela autoridade administrativa numa fase inicial do procedimento, com a menção de confidencialidade devidamente fundamentada pelas empresas que as forneceram, mas que não são usadas como elementos probatórios da existência e prática da infracção imputada ao arguido.

Na sua resposta a recorrente reconhece que a decisão recorrida *não* se baseou "nos documentos e informações qualificados como confidenciais". Sustenta, ainda assim, que não tendo podido consultar esses elementos, ficou impedida de verificar "se tinham serventia e utilidade para a sua defesa". Ora, assim equacionada, a questão é bem diversa da que é apresentada pela proposição normativa invocada pela recorrente: ao invocar o desconhecimento dos *elementos probatórios* que constam do processo, a recorrente está obviamente a referir-se a outra realidade, que não aquela que a decisão recorrida sufragou, pois não pode haver dúvida alguma que uma coisa são *elementos probatórios*, outra, bem diversa, são elementos constantes de documentos e informações qualificados como confidenciais, recolhidos no procedimento administrativo, que *não fundamentaram* a decisão sancionatória.

Assim, não coincidindo estas interpretações normativas com aquelas que foram efectivamente aplicadas pela decisão recorrida, não pode conhecer-se, na parte correspondente, do objecto do recurso.

Quanto à interpretação enunciada em (iii.) verifica-se que a recorrente, alegando que na infracção permanente existe uma só resolução delitual, tendo a (alegada) consciência da ilicitude sido formada pela arguida na vigência do Decreto-Lei n.º 371/93, imputa a inconstitucionalidade, por violação do princípio da culpa, da proporcionalidade, e do tratamento mais favorável ao arguido à aplicação, pela decisão recorrida, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, "a todo o alegado comportamento", por "implicar a aplicação de lei mais gravosa do que aquela que estava em vigor no momento em que a arguida formou a consciência da ilicitude da sua conduta" (cfr. *conclusões 18. e 19.*).

Como já se recordou, compete ao Tribunal, no âmbito do recurso disciplinado pela alínea b) do n.º 1 do artigo 70º da LTC, fiscalizar a conformidade constitucional das normas aplicadas na decisão recorrida como razão de decidir. A jurisprudência do Tribunal é fértil na enunciação



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

de limites ao poder jurisdicional do Tribunal, circunscrito, como está, à aludida questão de natureza normativa; são, por isso, dispensáveis mais aprofundadas considerações sobre a matéria, interessando agora apenas sublinhar que é pacífico o entendimento de que ficam obrigatoriamente de fora da sindicância do Tribunal as decisões jurisdicionais em si mesmas consideradas, ou seja, o conteúdo típico das determinações jurisdicionais, a actividade relacionada com a selecção dos factos adquiridos no processo e com a escolha do direito aplicável. Mas é útil recordar que nem todos os passos lógicos que conduzem à decisão são sindicáveis pelo Tribunal Constitucional. E não será certamente por o recorrente enunciar tais ponderações com uma aparência de "norma" que o Tribunal *ganha* competência para sindicá-las directamente as decisões recorridas.

É o que ocorre com a questão em análise.

Ao pretender fazer avaliar uma "norma" que a recorrente retira *isoladamente* do teor da decisão recorrida segundo a qual "a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao arguido", a recorrente pretende sindicá-la, exactamente, a *opção* do tribunal pelo direito aplicável e não a norma concretamente aplicada, que fica, em tal formulação, totalmente *encoberta*. É certo que o enunciado assim apresentado denuncia um conteúdo facilmente sujeito a uma apreciação negativa face aos parâmetros constitucionais habitualmente invocados neste tipo de matérias. Mas a verdade é que essa constatação alerta o Tribunal para a circunstância de, ao invés da pretensa norma, o enunciado representar, afinal, a censura que a recorrente formula contra uma decisão que lhe é desfavorável.

Ou seja, não obstante a recorrente sustentar que pretende ver apreciada a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação normativa do artigo 3.º, n.º 1 e 2, do RGCO – a de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao arguido –, a verdade é que, desacompanhada a pretensão da norma efectivamente aplicada na decisão recorrida, a invocada inconstitucionalidade passa a referir-se a essa própria decisão na parte em que decidiu qual a lei aplicável à punição da infracção.

Com efeito, o que se pretende essencialmente é que o Tribunal Constitucional aprecie se foi correcto o entendimento do tribunal recorrido de que "perdurando no tempo a consumação da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

infracção a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova e não à luz da lei mais favorável”.

Nestes termos, estando em causa a inconstitucionalidade da própria decisão judicial, também nesta parte não pode conhecer-se do objecto do recurso.

Decisão

4.

Em face do exposto, o Tribunal Constitucional decide não conhecer do objecto do recurso.

Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 12 UC.

Lisboa, 29 de Abril de 2009

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
Maia José António

[Handwritten signature]
unic. com a declaração
no ponto relativamente
ao ponto 1) i) i).
[Handwritten signature]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Proc. 529/07

Declaração de voto

Dissenti da decisão que fez vencimento, no que se refere ao não conhecimento do recurso, relativo à matéria enunciada como i), i), i), porquanto considero que se está perante uma questão de constitucionalidade normativa.

Com efeito, a recorrente pretende sindicatizar a opção do tribunal pelo direito aplicável, quando refere *"o que se pretende essencialmente é que o TC aprecie se foi correcto o entendimento do tribunal recorrido de que "perdurando no tempo a consumação da infracção a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova e não à luz da lei mais favorável"*.

Na sua alegação de recurso, para este Tribunal, exarou a seguinte conclusão (sob o nº 21):

"Pelo que qualquer interpretação do artigo 3º, nºs 1 e 2 do RGCO, no sentido de que a infracção permanente fica integralmente sujeita à lei nova, ainda que mais desfavorável ao arguido, para além de violar o artigo 7º nº 1 da CEDH, viola o princípio da culpa, o qual vem consagrado nos artigos 1º, 2º, 25º nº 1, 27º nº 1 e 29º nºs 1, 3 e 4, todos da CRP".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por sua vez, na resposta dada ao convite formulado pelo Ex.mo Conselheiro Relator, prévio à prolação do projecto de acórdão, a mesma recorrente, sob o ponto 49, exarou o seguinte: *"há uma circunstância que é inquestionável e incontestável, e que é a seguinte: o Tribunal de primeira instância e o Tribunal de recurso interpretaram o nº 1 do artigo 3º do RGCO (...) no sentido do comportamento ilícito que "permanece" durante a vigência de duas leis sucessivas, deve ser punido ao abrigo da lei recente, ainda que mais gravosa"*.

Ora, na minha perspectiva, este é o sentido com que o aludido artigo 3º nº 1 do RGCO foi interpretado e aplicado pelas instâncias ao caso, em que se considerou existir uma contra ordenação *"permanente"*.

Esta foi, assim, a interpretação normativa aplicada e a questão, assim formulada, apresenta-se como uma verdadeira que não *"encoberta"*, questão de constitucionalidade normativa.

Conheceria, pois, nesta parte do recurso.

José M. Borges Soeiro