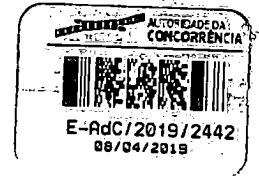


Lisboa - Tribunal da Relação
3ª Secção
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992
Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Certificação Cítilus: elaborado em 04-04-2019



71/18.3YUSTR-F.L1

Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Sara Assis Ferreira
Av. de Berna, N.º 19 - Lisboa
1050-037 Lisboa

Processo: 71/18.3YUSTR-F.L1	Recurso Penal	Referência: 14312234 Data: 04-04-2019
Origem Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas, nº 71/18.3YUSTR-F do Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - 1º Juízo		
Recorrido: Autoridade da Concorrência		
Recorrente: Super Bock Bebidas, S.A.		

Notificação

Assunto: Acórdão

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

De todo o conteúdo do duto acórdão proferido, cuja cópia se junta.

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

O Oficial de Justiça,

Sandra Marques

Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento e n.º de processo



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo 71/18.3YUSTR-F.L1

Acordam, em conferência, na 3.^a Secção Criminal deste Tribunal da Relação de Lisboa:

I. RELATÓRIO

Em processo de contra-ordenação instaurado pela *Autoridade da Concorrência* (AdC), a arguida “*Super Bock Bebidas*”, SA., foi notificada por aquela para o fornecimento de “informações, documentos e demais elementos indicados ...”, sendo que na resposta a visada apresentou àquela um requerimento no qual satisfez o pedido da mesma AdC mas arguiu a nulidade do mesmo com fundamento na violação do direito à não auto-incriminação decorrente do direito ao silêncio e do princípio da presunção de inocência.

Este requerimento foi indeferido e a identificada arguida impugnou a mesma junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (1.º Juízo), o qual proferiu decisão por mero despacho tendo julgado improcedente o recurso.

Não se conformando com esta decisão, a arguida “Super Bock” recorreu para este Tribunal da Relação, concluindo a sua motivação nos seguintes moldes:

I. Enquadramento:

A. *A aqui Recorrente apresentou recurso, junto do 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, da decisão administrativa interlocutória proferida pela Autoridade da Concorrência, melhor identificada como Ofício S-AdC/2018/1861, na medida em que lhe foi indeferido o requerimento no qual arguia a nulidade do Ofício com a referência S-AdC/2018/1731.*

B. *Para tanto, alegou que a nulidade do mencionado Ofício, que determinou a junção aos autos de diversos elementos documentais, se fundava numa violação do direito à não autoincriminação da ora Recorrente, Visada no processo de contraordenação PRC2016/4.*

C. *Em sede decisória o Tribunal a quo julgou improcedente a presente ação, tendo sumariamente decidido que:*

a. *A questão da violação do direito a não autoincriminação é extemporânea por antecipação, considerando que nesta fase processual “não ocorreu qualquer incriminação com fundamento na prova recolhida” junto da Recorrente, pois “consubstancia uma atuação processualmente insuscetível de representar uma lesão, infirmação ou restrição relevante ao direito à não incriminação numa fase prévia a qualquer imputação sancionatória” (cf. parágrafos 57 a 59, 78);*

b. *O direito à não autoincriminação é exercido através da recusa de entrega dos elementos/informações solicitados (cf. parágrafos 22, 60 a 62, 64, 67, 69);*

c. *Não existe em concreto violação do direito à não incriminação.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

II. *Da nulidade por omissão de pronúncia – do segredo do processo:*

D. *A sentença é nula considerando que se deixou de pronunciar sobre a questão suscitada pela Recorrente a respeito do segredo do processo.*

E. *Com efeito, até à presente data, a aqui Recorrente não foi notificada da decisão relativa às referidas confidencialidades, nem de qualquer proposta de aceitação / indeferimento das mesmas.*

F. *Assim, desconhece a Recorrente qual a parte do processo que se encontra acessível a terceiros para consulta, sendo que, a ser dado acesso aos presentes autos e aos seus apensos a terceiros, poderá revelar os seus segredos comerciais e de negócios, na medida em que o acesso ao processo é integral.*

G. *Importa ainda referir que, não obstante haja a Recorrente transmitido os factos que se enuncia ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no seu requerimento de resposta de 4 de Outubro de 2018 ao despacho com referência 211623,*

H. *Para surpresa da Recorrente, prescindiu o mencionado Tribunal, apartado de qualquer justificação objetiva, de decidir do pedido apresentado pela Recorrente na sentença de que ora se recorre.*

I. *Consubstanciando, pois, nessa matéria, omissão de pronúncia, que enferma de nulidade a sentença objeto do recurso ora interposto, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 379.º do Código de Processo Penal.*

J. *Nulidade essa, adiante-se, tempestivamente arguida por ocasião do presente recurso, em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 379.º do Código de Processo Penal.*

III. *Dos fundamentos da censura à sentença recorrida – do direito à não autoincriminação:*

K. *Conforme já se deixou exposto, nos presentes autos o Tribunal a quo decidiu julgar im procedente a ação por considerar, em suma, que:*

a. *A questão da violação do direito à não autoincriminação é extemporânea por antecipação, considerando que nesta fase processual “não ocorreu qualquer incriminação com fundamento na prova recolhida” junto da Recorrente, pois “consubstancia uma atuação processualmente insuscetível de representar uma lesão, infirmação ou restrição relevante ao direito à não incriminação numa fase prévia a qualquer imputação sancionatória” (cf. parágrafos 57 a 59, 78);*

b. *O direito à não autoincriminação é exercido através da recusa de entrega dos elementos/informações solicitados (cf. parágrafos 22, 60 a 62, 64, 67, 69);*

c. *Não existe em concreto violação do direito à não incriminação.*

L. *Ora, entende a Recorrente que não assiste de todo razão ao Tribunal a quo.*

Senão vejamos,

M. *Da extemporaneidade da invocação da violação do direito à não autoincriminação:*

a. *Considera o Tribunal a quo a violação do direito à não autoincriminação foi invocada extemporaneamente, por antecipação, considerando que nesta fase processual “não ocorreu qualquer incriminação com fundamento na prova recolhida” junto da Recorrente, pois “consubstancia uma atuação processualmente insuscetível de representar uma lesão, infirmação ou restrição relevante ao direito à não incriminação numa fase prévia a qualquer imputação sancionatória” (cf. parágrafos 57 a 59, 78).*

b. *Ora, não se pode consentir com tal entendimento.*

c. *Refira-se sobre as “elevadíssimas reservas” declaradas quanto ao funcionamento do princípio nemo tenetur em fase anterior à decisão de inquérito, por ausência de juízo sancionatório definitivo e consolidado (v. o p. 53 da decisão), que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão se demitiu de uma avaliação integrada do problema nos quadros do direito sancionatório.*

d. *Como é bom de ver, basta aferir das garantias de defesa deferidas, em processo-crime, ao arguido, enquanto sujeito processual, para que logo se conclua pela validade do direito à não autoincriminação em fases recuadas do processo, designadamente, antes de concluída a fase de inquérito.*

e. *Tanto assim, que é o próprio Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão a citar, em rodapé, nota 17 da decisão, transcreve, jurisprudência onde se constata que “se é certo que os direitos da defesa devem ser respeitados nos processos administrativos suscetíveis de conduzir a sanções, importa evitar que esses direitos possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de inquérito prévio*



ml

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que podem ter um carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos de empresas suscetíveis de as responsabilizar" (o realce é nosso).

f. De resto, sem prejuízo do que oportunamente se dirá a propósito recusa de entrega dos elementos, tal significaria estar invariavelmente arredado o direito de um qualquer Visado, no âmbito de um processo contraordenacional, invocar junto do Tribunal o seu direito à não autoincriminação tendo de esperar que os elementos fornecidos constituam mediata ou imediatamente suporte da decisão condenatória para reagir contenciosamente.

g. Ora, como é bom de ver, tal não se pode admitir...

h. Assim será, porque tal possibilidade apenas seria suscetível de contribuir para a morosidade do processo contraordenacional, criando entraves desnecessários à decisão final.

i. Ademais, tendo em consideração que existe o entendimento (com o qual se avança não concordar) de que o recurso da decisão final tem efeito devolutivo, ficaria o Visado absolutamente prejudicado, por constituírem suporte da decisão final elementos que resultam da sua autoincriminação.

j. É que a lesão do direito à não autoincriminação contrariamente àquele que é o entendimento do Tribunal, não se dará no momento em que é produzida a decisão final, mas sim no momento em que a Recorrente foi impelido a entregar a informação.

k. Não pode deixar a Recorrente de salientar, que, com quase absoluta certeza, acaso não tivesse impugnado e arguido a nulidade do pedido de elementos, seria levada a discutir a tempestividade da sua arguição.

l. Mais se afirme, sem prejuízo do que a este propósito se dirá no presente recurso que não é de admitir que a avaliação, em prognose, do destino incriminador dos elementos sub judice padece de excessiva complexidade, pois o mesmo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão qualificou de suficiente e bastante a fundamentação que acompanhou os ofícios probatórios, "sem que o âmbito, objecto e escopo da prova a produzir para efeitos do desenvolvimento da investigação em curso resultasse obscuro ou inacessível" (p. 22 da sentença, página 17), e concluiu que "Os ofícios identificam expressamente a sua finalidade e extensão" (p.88).

m. Por fim, a este respeito, não pode deixar de se assinalar que o Tribunal a quo, apesar de ter realizado um excursus dogmático sobre diversos argumentos da sentença, nesta matéria não foi capaz de incluir um argumento de autoridade suscetível de suportar o seu entendimento quanto ao momento da arguição da violação do direito à não autoincriminação.

n. Sem prejuízo do exposto, por razões de economia processual, caso o Tribunal considerasse que o momento não seria o adequado, então deveria ter feito aguardar os autos.

o. Em face do exposto, com evidência se conclui que o Tribunal a quo erra ao considerar que o direito à não autoincriminação não é suscetível de ser jurisdicionalmente invocado até à decisão final do processo contraordenacional, violando artigo 85.º da LdC e princípio da tutela jurisdicional efetiva.

N. O direito à não autoincriminação é exercido através da recusa de entrega dos elementos/informações solicitados:

a. Resulta ainda da decisão proferida pelo Tribunal a quo que o direito à não autoincriminação é exercido através da recusa de entrega dos elementos/informações solicitados (cf. parágrafos 22, 60 a 62, 64, 67, 69).

b. Na verdade, o que o Tribunal a quo propõe é que a Recorrente "tente", numa espécie de "depois logo se verá", sujeitando-se, mais uma vez, à discricionariedade da entidade administrativa aqui Recorrida quanto à instauração de um novo processo de contraordenação, com todas as consequências que daí poderão advir.

c. Ora, a atuação da Recorrente jamais se poderia pautar por tal critério, pois apesar de a Recorrente ter a forte convicção de que efetivamente a entrega dos documentos em causa viola o seu direito à não autoincriminação, porque essa análise não dependerá, em última instância, de si, não pode limitar-se a recusar a entrega.

d. No fundo, o Tribunal afasta-se da ideia que perpassa todo o nosso direito subjetivo e adjetivo, ou seja, de que a um direito corresponde sempre um meio de tutela jurisdicional.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e. *E, com isso, parece retirar qualquer efeito útil à tutela e ao núcleo essencial do direito à não autoincriminação, porquanto é justamente o facto de a Recorrente não poder recusar a prestação das informações em causa que consubstancia e confere legitimidade à invocação desse mesmo direito.*

f. *Entende a Recorrente que, a opção dada pelo Tribunal a quo não é uma forma de reacção à notificação recebida pela Recorrente, na medida em que da referida reacção ou omissão, poderão resultar consequências gravíssimas.*

g. *Na verdade, a recusa não pode ser o único meio ao dispor da Recorrente para, de forma segura não proceder à junção dos elementos solicitados pela Recorrida aos processos de contraordenação em curso.*

h. *É importante ainda ter em consideração que, por nos encontrarmos em sede de processo de contraordenação – ainda que com coimas que nunca são inferiores a largos milhares de euros e indetermináveis na data da prática dos factos – as garantias processuais dadas aos Arguidos não são em nada semelhantes às conferidas no processo criminal,*

i. *Não podendo, no caso em concreto, recusar-se a Recorrente a entregar elementos ou a prestar declarações na fase de investigação, ao contrário do que é permitido ao Arguido no âmbito de procedimento criminal.*

j. *Tanto assim é que, caso a informação não seja prestada ou os elementos não sejam entregues, a coima pela “falta de colaboração”, que nada mais é que um exercício de um direito constitucionalmente consagrado, ascende a 1% do volume de negócios do infrator conforme disposto no n.º 3 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, Lei da Concorrência.*

k. *Veja-se a este propósito o que veio decidido pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão 674/2016, proferido em 13 de Dezembro de 2016, no âmbito do processo n.º 206/2016, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.*

l. *Portanto, como é bom de ver, não assiste razão ao Tribunal a quo, sendo o entendimento espelhado na sentença violador do princípio da tutela jurisdicional efetiva.*

O. *Da inexistência de violação do direito à não autoincriminação:*

a. *Alega o Tribunal a quo que não existe nas informações prestadas qualquer violação do direito à não incriminação considerando que:*

i. *A recolha e instrução probatória determinada pelo Ofício AdC/2018/1731 é lícita, válida e conforme à lei e à constituição, considerando que se afigura que “tais elementos não comportam em si qualquer conteúdo incriminatório ou suscetível de, por si só, representar a consolidação probatória de uma prática restritiva da concorrência” (cf. parágrafos 51, 71 a 73, 81 82, 84);*

ii. *O direito de não autoincriminação haverá de ser conjugado com as prerrogativas probatórias ao dispor da AdC, inclusivamente, de solicitação de elementos, constituindo estas um “contributo relevante para a ação sancionatória” (cf. parágrafos 85 a 87);*

iii. *Dos elementos juntos pela Recorrente não decorre qualquer admissão da existência ou da prática de infração ao Direito da Concorrência cuja prova caiba à AdC (parágrafo 92);*

iv. *A atuação da AdC encontra-se legalmente enquadrada, não sendo os meios probatórios enganosos ou de supressão abusiva, ilegal ou inconstitucional do direito à não autoincriminação (parágrafo 94), não tendo a AdC utilizado qualquer expediente probatório irregular, obscuro, escondido ou encoberto (parágrafo 89 e 22 – página 17).*

b. *Ora, também neste ponto sem razão.*

c. *Desde logo, assinale-se a incoerência da decisão no que respeita à conjugação da alegada extemporaneidade da arguição da violação do direito à não incriminação com a conclusão de que em concreto o pedido de informações formulado não constitui uma violação daquele direito.*

d. *Ademais, contribui para atestar a incoerência das proposições dimanadas daquele Tribunal, basta conferir a norma reproduzida na nota 2 da sentença objeto deste recurso para constatar do potencial incriminador dos elementos solicitados pela AdC, aí se prescrevendo, conforme transcrição do disposto no n.º 5 do art. 31.º da LdC, que «A informação e a documentação (...) podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar».*



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e. Soçobra, pois, a impressão registada pelo Tribunal recorrido, quando desliga a matéria probatória contida nos elementos requeridos pela AdC (na caracterização dada pelo Tribunal, «prova instrumental e acessória») de relevância em sede de autoincriminação.

f. Por oposição, destacando apenas a importância, para aquele efeito, de contributos que revistam natureza probatória, redundando, portanto, no aspeto da coercibilidade direta, que oportunamente contestámos, com arrimo, aliás, nas considerações expendidas pelo próprio Tribunal – basta, para tanto, retomar o exposto no parágrafo 59, sobre a incriminação indireta.

g. Por conseguinte, não há como validar o pedido de elementos expedido pela mencionada Autoridade.

h. Acresce que, “o princípio [direito à não incriminação] não se restringe ao mero direito ao silêncio, mas abrange o direito de a pessoa não ser obrigada a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade”.

i. Acompanhando Vânia Costa Ramos, o critério referenciador para aferir da violação do direito à não autoincriminação parece “passar pela circunstância de determinar se a obtenção dos elementos em causa tem lugar contra a vontade do acusado” (Vânia Costa Ramos, *Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, Revista de Concorrência e Regulação, 2010*).

j. Perspetivando o problema pelo mesmo diapasão, entende MARIA JOÃO ANTUNES que os elementos fornecidos cuja existência se revele independente da vontade do sujeito escapam à proteção do princípio nem tenetur, o que sempre haverá de implicar, na leitura da Recorrente, a tutela do direito à não autoincriminação no caso vertido nos presentes autos, na medida em que os pedidos da AdC não hajam incidido sobre elementos de existência prévia, antes resultando o seu oferecimento da conduta diligentemente empreendida pela Recorrente no sentido da sua obtenção, donde, dela dependente.

k. Ora, em primeiro lugar, é manifesto que o fornecimento dos elementos solicitados no ponto 1 do Ofício S-AdC/2018/1731 que, pelo processo se encontrar, à data, sujeito a segredo de justiça, a Recorrente se abstém de aqui reproduzir, referentes a hiatos temporais muito alargados, foi claramente imposto à Recorrente.

l. Por outro lado, os elementos solicitados pela Autoridade no ponto 1 do Ofício com referência S-AdC/2018/1731 não são documentos pré-constituídos, na medida em que os mesmos foram elaborados pela Recorrente, por imposição da Recorrida e posteriormente à notificação em causa, para dar cumprimento ao mencionado pedido de elementos apresentado, pelo que não configuram elementos que a Recorrente já dispunha, logo, de existência certa ou pré-existente.

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

n. É que os elementos solicitados por esta Autoridade não podem ser percebidos de forma descontextualizada ou descaracterizada, sob pena de poderem levar a Recorrida a tirar conclusões que não correspondem à verdade.

o. Ainda em relação aos elementos solicitados no ponto 6 do Ofício, a Recorrida está a solicitar à Recorrente que exponha o seu passado num enorme hiato temporal e prepare um documento com uma série de informações não públicas para que depois, pasme-se, a Recorrida eventualmente utilize tais informações no sentido de acusar e penalizar a Recorrente e terceiros.

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

q. Por sua vez, cada responsabilidade, cada função e cada gestão de negócio são percebidas e enquadradas em função dos responsáveis pelas equipas... o que equivale a dizer que, ao aceder a planificações macro e micro da estrutura da Recorrente, ordens de serviço e instruções corporativas, esta Autoridade acede, com evidência, ao corpo vasto das pessoas singulares que, em dado momento e alguma vez, entre 2006 e 2017, assumiram responsabilidades e/ou funções no âmbito da esfera da Recorrente, nomeadamente no departamento comercial.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

r. Pois bem, contextualizando o presente recurso e à luz de todos os restantes pedidos de elementos que têm sido solicitados por esta Autoridade, os mesmos não podem ser percebidos de forma isolada ou descaracterizada, mas antes no âmbito de uma certa causalidade ou relação causa-efeito, pois só desta forma se compreenderá a significância do seu «caráter determinante para produção de prova» (Orkem, parágrafo 33).

s. Tendo em conta que, com a entrega de todos estes elementos, é possível aceder à teia de responsabilidades e/ou funções humanas que, desde 2006 até 2017, integraram os quadros da Recorrente, nomeadamente no departamento comercial, será verosímil identificar uma possível incindibilidade entre (i) o facto de a Recorrente estar indiciada por práticas restritivas da concorrência nos presentes autos; (ii) a Autoridade solicitar a identificação dos titulares dos órgãos de administração e responsáveis pela direção e fiscalização de departamentos comerciais e de outras funções ou responsáveis pelo esqueleto organizacional da Recorrente e (iii) o atual n.º 4 do artigo 69.º da LdC, lido conjuntamente com os n.ºs 1 e 6 do artigo 73.º da LdC estipular a aplicação de coima, também, a pessoas singulares – leia-se titulares do órgão de administração das pessoas coletivas, bem como responsáveis pela direção ou fiscalização de área de atividade em que seja praticada alguma contraordenação – que não exceda 10% da respetiva remuneração anual auferida no exercício das suas funções na empresa infratora.

t. Assim, o que, aqui, potencia uma preocupação jusconcorrencial incontornável e uma eventual virtualidade autoincriminatória é o uso que esta Autoridade, com o devido respeito, poderá fazer dos elementos prestados, ou seja, impor à Recorrente que elabore documentos e preste informações, que depois poderão, eventualmente, ser utilizados contra si ou contra terceiros.

u. Na verdade, repete-se, todos os mencionados elementos e documentos que a Recorrente teve que juntar aos autos no âmbito do ponto 1 do Ofício S-AdC/2018/1731 em causa poderiam eventualmente vir a ser utilizados pela Recorrida no âmbito de uma eventual nota de ilicitude e prova contra a Recorrente, o que é manifestamente ilícito.

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

w. Não competindo à aqui Recorrente diligenciar pela demonstração da veracidade dos factos nem, tampouco, a iniciativa e o empenho na obtenção do substrato probatório.

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

y. Isto posto, impõe-se concluir por uma cadeia relacional de um conjunto de informação dependente, interdependente e invariavelmente sistemática.

z. E não chega para basear a validade da atividade de investigação da AdC em juízo a mera alusão à circunstância de os poderes instrutórios daquela Autoridade dimanarem de previsão legal, porquanto, consabidamente, a atuação da Administração não se repercute num simples exercício de legalidade.

aa. Afirmar o contrário corresponderia, outrossim, a excessivo formalismo na determinação da extensão do princípio da não autoincriminação, o que inevitavelmente se contesta.

bb. Já por isso, muito surpreende a Recorrente que a douta decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão haja esteirado grande parte das suas conclusões num tal parâmetro, sugerindo, em diversos momentos da exposição, que o direito à não autoincriminação não deva colidir com a «avaliação de elementos probatórios legal e validamente recolhidos na prossecução daqueles interesses [leia-se, de promoção e defesa da concorrência] e ao abrigo de poderes de investigação reconhecidos por lei» (estamos a citar o p.92 da sentença).

cc. Com efeito, não pode a Recorrente aceitar a mera validade legal da atividade administrativa sirva para obstar à atuação do princípio da não autoincriminação, quando é por demais evidente que a prerrogativa de defesa em exame, se não emerge de disposição legal, eclode de setores normativos de base fundamental e exhibe evidente natureza constitucional, não admitindo, portanto, e sem mais, simples derrogação quando confrontada com quaisquer dados legais.

dd. Aqui chegados, não se impõe outra conclusão senão a de que o Ofício – leia-se, o Ofício pelo qual a AdC solicita elementos à Recorrente, com referência S-AdC/2018/1731 - viola o princípio e o direito à



U

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

não autoincriminação da Recorrente, o que devendo ser declarado por Tribunal a quo não o foi, merecendo censura a sentença.

ee. Assim a sentença de que se recorre viola, entre outros, o disposto, conjugadamente, do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, da alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP ex vi do artigo 41.º do RGCO ex vi do n.º 1 do artigo 13.º da LdC, pelo que o presente recurso deve ser julgado procedente e, em consequência, a sentença recorrida seja revogada e substituída por outra que declare a nulidade e invalidade do Ofício com referência S-AdC/2018/1861 e, bem assim, também a invalidade do Ofício com referência S-AdC/2018/1731, e da prova junta pela Recorrente sob o n.º 1 no requerimento de 27/07/2018, ordenando-se o seu desentranhamento dos autos e imediata devolução à Recorrente.

Nestes termos e nos mais de Direito, deve o presente recurso merecer provimento e, em consequência, ser revogada a sentença proferida pelo Tribunal a quo e ordenar-se a pronúncia sobre as irregularidades e nulidades arguidas pelo Recorrente.

Assim decidindo, V. Ex.ªs. farão, como sempre, inteira JUSTIÇA!

A este recurso responderam o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência, pronunciando-se ambos pela improcedência do recurso.

O Ministério Público conclui a sua resposta dizendo que devem ser julgadas improcedentes ambas as questões suscitadas, tanto no que respeita à nulidade da decisão recorrida por falta de pronúncia – conclusões D. a J -, como no que respeita ao erro de direito da decisão recorrida quanto à aplicação que fez do princípio nemo tenetur se ipse accusare ao caso concreto – conclusões K. e ss..

Por seu turno, a Autoridade da Concorrência, conclui a sua resposta nos seguintes moldes:

Da alegada omissão de pronúncia do Tribunal a quo sobre a questão suscitada pela Super Bock quanto ao segredo de justiça

A. No seu recurso de decisão interlocutória, a Recorrente requereu que, ao abrigo do disposto no artigo 164.º do CPC, fosse restringida a publicidade do processo, sendo que a norma em questão não tem aplicação nos presentes autos.

B. A matéria respeitante à publicidade do processo e ao segredo de justiça nos processos de contraordenação por infrações previstas na Lei da Concorrência está tratada de forma expressa no artigo 32.º da Lei da Concorrência (e nos artigos 86.º e 87.º do CPP, ex vi n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência e n.º 1 do artigo 41.º do RGCO).

C. Nos processos de contraordenação por infração às regras de concorrência o processo tem por regra natureza pública (cf. n.º 1 do artigo 32.º da Lei da Concorrência).

D. No caso concreto, em 3 de junho de 2018 foi aberto inquérito contraordenacional contra a Recorrente, mais se tendo determinado a sujeição do processo a segredo de justiça, nos termos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Concorrência (cf. Documentos 1 e 2 juntos às contra-alegações da AdC ao recurso de decisão interlocutória), designadamente, para salvaguarda da investigação (tendo a AdC realizado diligências de busca, exame, recolha e apreensão entre os dias 25 de janeiro de 2017 e 3 de fevereiro de 2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público.

E. Em 9 de agosto de 2018 foi adotada pela AdC uma Nota de Ilícitude contra a Recorrente (esta decisão põe termo ao inquérito e abre a fase de instrução), mais se tendo determinado o levantamento do segredo de justiça, nos termos do n.º 4 do artigo 32.º da Lei da Concorrência (cf. Documento 3 junto pela AdC às suas anteriores contra-alegações).

F. O processo de contraordenação encontra-se agora em fase de instrução e tem natureza pública.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

G. Neste sentido, todas as Co-Visadas no processo passam a ter acesso ao processo nos termos previstos no n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência (com a redação introduzida pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho), ou seja, passam a ter acesso a toda a informação confidencial constante dos autos nos termos e com os condicionalismos das referidas normas.

H. Tendo sido levantado o segredo de justiça, qualquer terceiro que demonstre ter um interesse legítimo pode aceder ao processo expurgado de informação confidencial (cf. n.º 3 do artigo 33.º da Lei da Concorrência).

I. Deste modo, tendo em conta o enquadramento normativo descrito, o Tribunal a quo nunca teria poderes para impor o segredo de justiça, recaindo esse poder exclusivamente sobre a AdC.

J. Ora de acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 379 do CPP, é nula a sentença “quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento.”

K. Importa, pois, apurar se o Tribunal a quo deixou de se pronunciar sobre questões que devesse apreciar. A resposta é invariavelmente negativa: como se viu, o Tribunal a quo nunca teria competência para, de acordo com a norma do CPC invocada pela Super Bock, impor o segredo de justiça ao presente processo, pelo que está em causa uma questão sobre a qual o Tribunal a quo não podia (ou devia) pronunciar-se.

L. Não há, pois, uma omissão tal como invocado pela Recorrente mas tão-só uma não pronúncia sobre uma matéria – segredo de justiça – sobre a qual nunca teria poderes para impor e que ficaria sempre prejudicada pela solução jurídica conferida ao litígio.

M. Com efeito, o Tribunal a quo esclarece logo no capítulo III da Sentença sobre o enquadramento jurídico que “o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável ex vi arts.º 4.º do CPP; 41.º, n.º 1 do referido RGCO e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua precedência lógica.”

N. Ou seja, o Tribunal a quo esclarece logo a título introdutório que não conhecerá das questões cuja decisão fique prejudicada pela solução dada a outras matérias que, em razão da sua precedência lógica, serão conhecidas em primeiro lugar.

O. Nesse sentido, o Tribunal a quo identificou que para efeitos de conhecimento e apreciação dos dois recursos de decisão interlocutória em causa se impunha o conhecimento prévio da seguinte questão: “a decisão interlocutória da AdC de 31.07.2018 deve ser declarada inválida por violação do direito da visada/recorrente à não autoincriminação, constituindo os elementos probatórios obtidos na sequência da notificação do Ofício AdC/2018/1731 prova proibida?”

P. Ora, sendo esta a questão inicial e primordial para efeitos de conhecimento do recurso e ainda que o Tribunal a quo entendesse que deveria pronunciar-se sobre a suscitada questão do segredo de justiça, essa pronúncia apenas deveria ocorrer caso o Tribunal a quo tivesse concluído que a decisão interlocutória da AdC era inválida por violação do direito da visada à não autoincriminação.

Q. Com efeito, o pedido da manutenção/reposição do segredo de justiça tinha como pressuposto a invalidade da decisão da AdC. A partir do momento em que o Tribunal a quo conclui que tal decisão da AdC é válida e nega provimento ao recurso da Super Bock, o conhecimento das demais matérias suscitadas pela Recorrente ficou invariavelmente prejudicado.

R. Em síntese, ou porque estava em causa uma matéria sobre a qual não devia ou podia apreciar, ou porque o conhecimento de tal matéria ficou prejudicado com a apreciação da questão relativa à alegada violação do direito da Visada à não autoincriminação, não recáia sobre o Tribunal a quo qualquer obrigação de conhecer a questão suscitada pela Recorrente sobre o segredo de justiça.

S. Face ao exposto, é imperativo concluir que não está em causa qualquer omissão de pronúncia por parte do Tribunal a quo, devendo, em consequência, improceder o requerido.

Do alegado erro na aplicação do direito quanto à apreciação do direito à não autoincriminação

T. No exercício dos seus poderes sancionatórios a AdC pode nomeadamente solicitar às empresas documentos e outros elementos de informação que entenda necessários para o esclarecimento dos factos (cf. n.º 2 do artigo 17.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência); esses pedidos da AdC devem ser instruídos com os elementos previstos no artigo 15.º da Lei da Concorrência.



ml

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

U. Ora, na sequência do envio à Super Bock de um pedido de elementos, a Super Bock veio requerer a declaração de nulidade dos referidos pedidos por alegada violação do seu direito à não autoincriminação.

V. Entendia a Super Bock, em síntese, que:

(i) A possibilidade de abertura de um processo de contraordenação por não prestação de informação, nos termos do artigo da alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 3 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, configura uma forma de coerção para obtenção pela AdC de informação autoincriminatória;

(ii) Não existe direito de contraditório, designadamente quanto ao sentido que a AdC possa atribuir às informações solicitadas;

(iii) Ao responder ao pedido de elementos da AdC, a Super Bock poderá estar a ser levada a admitir, de forma involuntária, a prática de uma infração à Lei da Concorrência.

Da inexistência de coerção e da possibilidade de reação processual e pronúncia

W. A título introdutório importa esclarecer que a AdC solicitou o conjunto de informações em causa à Super Bock ao abrigo do artigo 15.º, n.º 2 do 17.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, no âmbito dos seus poderes sancionatórios, para investigação de uma possível contraordenação.

X. Nos termos do artigo 15.º, sempre que a AdC solicitar um conjunto de documentos e informações, tal pedido deve ser instruído com os elementos especificamente previstos nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 15.º da Lei da Concorrência.

Y. Ora, da análise do teor do ofício da AdC enviado à Super Bock, resulta claro que o mesmo foi instruído com todos os elementos legalmente exigidos, nos seguintes termos:

a) Foi indicada a base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do pedido.

No que respeita à base jurídica foi transmitido que corre termos na AdC um processo contraordenacional sob o n.º PRC/2016/4 por alegadas práticas restritivas da concorrência (por eventual violação do artigo 9.º Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE) envolvendo a Super Bock; mais foi esclarecido que a qualidade em que a destinatária foi solicitada a transmitir a informação era a de visada no processo; e, finalmente, que o objetivo do pedido de informação se prendia com a necessidade de obtenção de esclarecimentos sobre os factos em causa na investigação em curso.

b) Quanto ao prazo para o fornecimento das informações, foi fixado um prazo de 10 dias úteis a contar da receção do ofício.

c) Mais foi a Super Bock informada de que "dever[ia] identificar de maneira fundamentada as informações que considere confidenciais, por motivo de segredo de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos mesmos, expurgada das confidencialidades identificadas[...]"

d) Por fim, relativamente à indicação de que o incumprimento do pedido constitui uma contraordenação:

"Comunic[ou]-se que, nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 3 do artigo 69.º da Lei da Concorrência «a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas em resposta a pedido do Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios», constitui uma contraordenação punível com coima que não poderá exceder 1% do volume de negócios da empresa no ano anterior."

Z. Deste modo, os pedidos de informações da AdC cumprem todos os requisitos exigidos pela norma referida, não existindo naturalmente coerção da Recorrida a prestar informação autoincriminatória; a advertência da possibilidade de contraordenação constitui um dos elementos obrigatórios do pedido de elementos.

AA. Neste sentido, nenhum reparo haverá a fazer ao entendimento do Tribunal a quo ao concluir que "a atuação instrutória de recolha de prova da autoridade administrativa mediante a colaboração ativa da visada, estando salvaguardada por expedientes legais prévios de Direito processual e tendo sido cumpridos todos os requisitos formais dessa instrução probatória, mormente a advertência e cominação expressas e prévias, consubstancia uma atuação processualmente insuscetível de representar uma lesão, infirmação ou restrição relevante ao direito à não auto-incriminação numa fase prévia a qualquer imputação sancionatória." - Cfr. parágrafo 59 - pág. 19 da sentença recorrida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

BB. Não obstante, sempre se dirá que a Recorrente dispunha de meios, dentro do processo de contraordenação, para reagir ao pedido de informações da AdC.

CC. Desde logo a Super Bock sempre dispunha da faculdade de, perante o pedido de informações da AdC, recusar a prestação de informações invocando precisamente o direito à não autoincriminação.

DD. Por outro lado, a Super Bock poderia equacionar a possibilidade de recorrer do próprio pedido de elementos da AdC (nos termos dos números 1 e 2 do artigo 84.º e artigo 85.º da Lei da Concorrência), caso concluísse tratar-se de ato com conteúdo decisório que não fosse uma decisão de mero expediente.

EE. Ainda dentro do procedimento contraordenacional, a Super Bock sempre teria o direito de arguir, como fez, a nulidade do pedido de elementos em causa e de, na sequência da notificação do indeferimento pela AdC do requerido, interpor recurso de decisão interlocutória nos termos dos artigos 84.º e 85.º da Lei da Concorrência, o que veio a suceder.

FF. Finalmente, após a notificação da Nota de Ilícitude (que tem lugar sempre que, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência, terminado o inquérito, a Autoridade da Concorrência conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória), o artigo 25.º da Lei da Concorrência consagra a possibilidade de o visado se pronunciar por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, podendo, ainda, requerer as diligências complementares de prova que considere convenientes. Esta pronúncia escrita poderá ainda ser complementada por uma audição oral (cf. n.º 2 do artigo 25.º da Lei da Concorrência).

GG. Daqui decorre que a Super Bock teria a possibilidade de, dentro do processo de contraordenação e no caso de notificação de uma nota de ilicitude, exercer o seu direito de pronúncia, pugnando não só pela eventual invalidade do procedimento por compressão ou supressão do seu direito à não autoincriminação, mas também pelo sentido e alcance com que os elementos por si disponibilizados deveriam ser interpretados.

HH. Dessa forma, e contrariamente ao que sustenta a Super Bock, sempre se encontram salvaguardados, de forma útil, os seus direitos de defesa e do contraditório.

II. Do mesmo modo, de uma eventual decisão condenatória da Super Bock sempre caberá recurso judicial nos termos do artigo 87.º da Lei da Concorrência.

JJ. Daqui se conclui que não existe qualquer coerção à prestação de informação autoincriminatória: em primeiro lugar, e como se verá de seguida, a prestação da informação em causa não contende com o direito à não autoincriminação e, em segundo lugar, existem meios ao dispor das Visadas em processos de contraordenação por violação das regras de concorrência para reagir a pedidos de informação da AdC, inexistindo qualquer coerção a prestação de informação autoincriminatória.

Da não autoincriminação

KK. A Recorrente alega o justo receio de que as informações solicitadas possam ser utilizadas para efeitos de prova e conseqüente incriminação, lesando deste modo, o seu direito à não autoincriminação.

LL. A Recorrente não esclarece é que em causa estão apenas documentos já pré-existentes, que se reportam, de forma objetiva, à sua estrutura organizacional.

MM. Na realidade, não se vislumbra de que forma é que os documentos em causa poderiam, de per si, implicar a confissão, pela Recorrente — muito menos de forma não livre e involuntária — de uma infração jusconcorrencial.

NN. Aliás, se dentro do vasto leque de documentos a Recorrente entendesse que havia algum que especificamente implicasse a sua confissão de uma infração — o que, atento o acervo documental entregue à AdC, manifestamente não é o caso —, então poderia simplesmente não o ter disponibilizado, alegando, precisamente, a proibição da sua não auto-incriminação.

OO. Todavia, não foi isso que a Recorrente fez, tendo optado por juntar a totalidade dos elementos solicitados.

PP. Bem andou, assim, o Tribunal a quo ao concluir na sentença recorrida que:

“71. Ora, sem prejuízo de melhor ponderação e sempre assinalando a fase administrativa instrumental que superintende às decisões interlocutórias impugnadas, afigura-se-nos que tais elementos não comportam em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

si qualquer conteúdo incriminatório ou suscetível de, por si só, representar a consolidação probatória de uma prática restritiva da concorrência, servindo antes para a compreensão da estrutura orgânica da visada/recorrente e da funcionalização comercial dos seus vários departamentos com a identificação dos respetivos responsáveis."

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

73. Quando a visada/recorrente afirma que a «disponibilização de todos estes elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável, o direito da Recorrente à não autoincriminação porquanto, ao cumprir integralmente este Pedido de Elementos, a Recorrente poderá estar a ser levada a admitir, de forma não livre e involuntária, o cometimento de uma infração anti concorrencial que, repete-se, não cometeu», incorre num excesso argumentativo, de natureza conclusiva e em que o respaldo de *nemo tenetur* é veiculado na sua dimensão absolutista e exclusivamente formal, negando, inclusive, a melhor doutrina e jurisprudência que cita no seu recurso de impugnação judicial."

OO. Nenhuma das informações solicitadas pressupõe ou sequer sugere a possibilidade de autoincriminação da Super Bock relativamente a qualquer infração; são informações de natureza comercial com carácter factual.

RR. Ademais, o princípio à não autoincriminação na averiguação de infrações jusconcorrenciais não pode ser indiferente ao princípio da economia de mercado e de livre concorrência, enquanto princípio fundamental e incumbência prioritária do Estado (cf. Alínea f) do artigo 81.º da CRP).

SS. Ora, para que a AdC possa assegurar o cumprimento das regras de promoção e defesa da concorrência, o dever de colaboração assume-se como um instrumento fundamental, já que muitas das práticas restritivas da concorrência são, pelo seu carácter secreto, difíceis de detetar, sendo os elementos que a AdC obtém através da colaboração das empresas e das pessoas singulares, a par com as diligências de busca e apreensão, a única fonte ao dispor desta para apurar a verdade material.

TT. A colaboração não se confunde naturalmente com a confissão dos factos e nesta destrição reside o limite à não autoincriminação ou, dito de outra forma, os limites impostos ao dever de colaboração.

UU. E quanto a esta compatibilização, a jurisprudência da União Europeia consagrada no acórdão do TJUE de 18 de outubro de 1989 (Orkem vs. Comissão - processo n.º 374/84) mantém a sua plena atualidade: segundo aquele acórdão, é possível "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", não sendo, no entanto, admissível de acordo com o referido acórdão "impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração", o que manifestamente não é o caso.

VV. Este entendimento tem sido igual e inteiramente sufragado pela jurisprudência nacional, quer pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, quer pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer ainda pelo próprio Tribunal Constitucional.

WW. Em síntese, a exclusão do âmbito do direito à não autoincriminação da entrega de qualquer tipo de documento que não constitua uma admissão da infração é aceite sem reservas pela jurisprudência nacional e da União Europeia, inexistindo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no pedido de elementos em questão na medida em que o conteúdo do mesmo não é suscetível de violar o direito da Super Bock à sua não autoincriminação.

O Exmo. Senhor Procurador Geral-Adjunto nesta Relação, pronunciou-se também pela improcedência total do recurso, nos moldes constantes do parecer que demonstram a concordância com a resposta do Ministério Público apresentada em 1.ª instância.

II. QUESTÕES A DECIDIR



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Conforme jurisprudência constante e amplamente pacífica, o âmbito dos recursos é delimitado pelas conclusões formuladas na motivação, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso (cfr. Art.º 119.º, n.º 1; 123.º, n.º 2; 410.º, n.º 2, alíneas a), b) e c) do CPPenal, Acórdão de fixação de jurisprudência obrigatória do STJ de 19/10/1995, publicado em 28/12/1995 e, entre muitos, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/6/1998, *in* BMJ 478, pp. 242, e de 3.2.1999, *in* B.M.J. 484, p. 271).

Tendo em conta este contexto normativo e o teor das conclusões efectuadas pela recorrente, são essencialmente duas: (i) da alegada nulidade do despacho recorrido, por omissão de pronúncia no que respeita ao segredo do processo (Art.º 379.º, n.º 2, do Código de Processo Penal); e (ii) da impugnação de direito do despacho recorrido, por violação dos preceitos legais e constitucionais indicados no recurso, designadamente por violação do direito da visada, a aqui arguida, à não-incriminação, constituindo os elementos probatórios solicitados e recolhidos pela AdC prova proibida, tornando inválida a decisão administrativa impugnada.

III. FUNDAMENTAÇÃO

É do seguinte teor a decisão recorrida, com referência às nulidades conhecidas, aos factos, à sua fundamentação e também qualificação jurídica, com vista a aquilatar da bondade dos fundamentos deste recurso:

{(...)}

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

11. Compulsando os termos da motivação dos recursos e atendendo ao objecto das decisões administrativas em causa – legalidade/validade das diligências de obtenção de prova documental por preterição do direito à não auto-incriminação, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, notificou-se a visada/recorrente, o Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância.

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

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

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

II. MATÉRIA DE FACTO.



M

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

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

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

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

*

18. Prima facie, como passada de chamada para a argumentação relevante, cumpre recordar que o que está em causa com estes recursos de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a validade da prova recolhida pela AdC no âmbito de um processo contra-ordenacional ao abrigo dos seus poderes inquisitórios, prova essa obtida através mediante a advertência prévia determinada no art.º 31.º, n.º 5 do NRJC e mediante a advertência prevista nos artigos 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do mesmo regime.

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

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

*

21. "O direito à não auto-incriminação (com as expressões latinas nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum prodere) significa, em termos simples, que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

incriminar, directa ou indirectamente, sem que dessa ausência de colaboração possa resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade, sendo a principal manifestação deste princípio o direito ao silêncio” – Estudo de JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, Mestrado Forense 2012/2013, de Março de 2013, O Direito à Não Autoincriminação e os Deveres de Colaboração com a Administração Tributária.

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

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

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

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

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

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

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

29. Outra leitura possível é a de enquadrar o direito à não auto-incriminação como um corolário do “fair trial”, ou do processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º1 na CEDH, e no artigo 20.º, n.º4 da CRP – neste sentido VÂNIA COSTA RAMOS, Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Revista do Ministério Público, n.º109, Jan/Mar 2007, pág. 69-72.

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

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

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

33. “Já vimos que o direito ao silêncio representa “o núcleo-quase absoluto do nemo tenetur”, havendo mesmo quem entenda – adotando uma concepção restritiva do princípio - que um se confunde com o outro. De facto, a redação do artigo 61º do CPP leva a crer que o direito se restringe aos casos em que o arguido é solicitado a prestar declarações verbais, isto é, que a não autoincriminação estaria arredada quando estivesse em causa a prova obtida por outros meios, como a exibição de documentos. No entanto, a grande maioria da doutrina tem vindo a reconhecer que o princípio não se restringe ao mero direito ao silêncio, mas abrange o direito de a pessoa não ser obrigada a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade, abarcando as declarações por meio de documentos, da indicação do lugar onde se encontra o meio de prova ou de uma actuação” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit. pág. 17 e 18.

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

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

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

37. “...para que não resem dúvidas sobre a constitucionalidade destas restrições, parece seguro que elas devem obedecer a dois pressupostos: devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade; e devem



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º2, da CRP"- FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 45.

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

39. "O nemo tenetur se ipsum accusare, não obstante a sua vigência alargada e tal como todos os outros direitos fundamentais, não é um direito absoluto. Na verdade, justificam-se e impõem-se restrições à sua aplicabilidade, mas apenas e só, se estas respeitarem dois pressupostos: por um lado, devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade (pois estando em causa uma intervenção dos poderes públicos de amplo espectro e restritiva de direitos, a previsão por lei terá sempre que ser uma condição necessária da sua admissibilidade); por outro lado devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18º, nº2 da CRP, isto é, deverá haver uma apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa, só se justificando a restrição se esta visar a protecção de bens jurídicos de elevado valor social e constitucional, nunca podendo, no entanto, ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer um dos direitos ou interesses públicos colidentes" - JOANA SOFIA MARTINS SANT'ANA BERNARDO, ob. cit., pág. 20 e 21, referindo FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit.

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

41. Na jurisprudência nacional, como referência para a resolução e compreensão de casos similares ou adjacentes, deve-se assinalar o Ac. STJ de 28-05-2014, proc. n.º 171/12.3TAF.LG1-A.S1, relator ARMINDO MONTEIRO, publicado no Diário da República, 1ª série - n.º 203/2014 - 21/10/2014.

42. Ainda assim, o carácter não absoluto do direito à não auto-incriminação tem sido afirmado em vários arestos dos Tribunais superiores, debatendo-se a sua admissibilidade e consequências da valoração de elementos de prova recolhidos em preterição do princípio (cfr. - Ac. STJ de 05-01-2005, proc. n.º 04P3276, Relator HENRIQUE GASPAR; Ac. STJ, de 12-03-2008, proc. n.º 08P694, Relator SANTOS CABRAL; Ac. TRP de 28-01-2009, proc. n.º 0816480, Relator MARIA DO CARMO SILVA DIAS; Ac. TRP de 27-2-2013, proc. n.º 15048/09.1IDPRT.P1, Relator ERNESTO NASCIMENTO; Ac. TRG de 29-1-2007, proc. n.º 1917/07-1, Relator CRUZ BUCHO; Ac. TRG de 12-3-2012, proc. n.º 82/05.9IDBRG.G1, Relator ANA TEIXEIRA E SILVA; Ac. TRG de 20-1-2014, proc. n.º 97/06.0IDBRG.G2, Relator ANTÓNIO CONDESSO; Ac. RL de 17-04-2012, proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, Relator SIMÕES DE CARVALHO; Ac. RL de 06-04-2011, proc. n.º 724/09.27FLSB -3; Relator A. AUGUSTO LOURENÇO, todos disponíveis em dgsi.pt.

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

50. Apesar do problema da obrigatoriedade de entrega de documentos ou de prestação de informações implicar, como ponto prévio, "a análise sob uma perspectiva de colisão como princípio nemo tenetur se ipsum accusare, em sede do qual se pode afirmar que tal princípio não se confunde com o direito ao silêncio, em sentido estrito, nem dispõe de uma consagração constitucional e legal inequívoca – antes constituindo uma decorrência de regras de proibição de prova – mas que importa da salvaguardar de postergação, mantendo a sua afirmação global, na produção e valoração das provas que com ele se intersectem. Na verdade, a ideia de que o princípio não tem carácter absoluto, a necessidade qualificada (v.g. prova única) de prova em domínios e matérias concretas de grande relevância jurídico-social, a predeterminação legal específica da obrigação que acautela a violação do princípio da confiança, a definição de papéis sociais com conteúdo próprio (de direitos e de deveres) em que o visado está investido, a possibilidade de a informação poder ser obtida por outra via (...) são parâmetros, entre outros, em que se pode abonar a justificação da admissibilidade de limitações ao princípio nemo tenetur – CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, Coimbra Editora, pág. 128 e 129.

51. Vertendo o Direito aos factos, afigura-se-nos que a recolha e a instrução probatória determinada pelo Ofício AdC/2018/1731 é lícita, válida e conforme à lei e à constituição, também por aplicação do alcance do princípio ou do direito à não auto-incriminação, tornando lícitas, válidas e conformes à lei e à constituição a decisão interlocutória da AdC de 31.07.2018.

21. Como enquadramento temático, em jeito de prevenção e admonição, a utilização dos artigos 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do NRJC exige o cumprimento de requisitos mínimos de fundamentação dos ofícios probatórios e de modo a permitir à visada o conhecimento das finalidades processuais concretas, comunicando-se, de modo suficiente e bastante, o âmbito, objecto e escopo da prova a produzir.

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

52. O que é crucial e decisivo para a percepção da licitude, validade e legalidade da utilização dos elementos recolhidos no âmbito de processo sancionatório e através dos expedientes adjectivos dos artigos 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do NRJC pode ser dilucidado sob três perspectivas a valorar casuisticamente: (1) índice de incriminação pela colaboração prestada; (2) afirmação processual do direito à não auto-incriminação (3) e natureza e conteúdo da colaboração prestada ou critério de proibição de inversão de ónus de prova da infracção.

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

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

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

56. Ou seja, a mera valoração pela autoridade administrativa da prova documental junta pela visada na resposta de 27.07.2018 aos pedidos de elementos não pode equivaler a qualquer incriminação, pelo menos em grau suficiente para que o Tribunal correlacione o exercício da acção sancionatória com a potencialidade incriminatória daqueles elementos.

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

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

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



10

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

69. Por conseguinte, a garantia do *nemo tenetur* ou do direito à não auto-incriminação, num contexto em que a colaboração probatória foi prestada ao abrigo de prerrogativa probatória expressa e prévia da autoridade administrativa e com a advertência também expressa e prévia da sua coercibilidade, deve exigir a afirmação activa dessa garantia ou desse direito pelo interessado e mediante uma actuação de conteúdo negativo de recusa de colaboração, o que não sucedeu.

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

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

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

73. Quando a visada/recorrente afirma que a disponibilização de todos estes elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável, o direito da Recorrente à não autoincriminação porquanto, ao cumprir integralmente este Pedido de Elementos, a Recorrente poderá estar a ser levada a admitir, de forma não livre e involuntária, o cometimento de uma infração anti concorrencial que, repete-se, não cometeu, incorre num excesso argumentativo, de natureza conclusiva e em que o respaldo do *nemo tenetur* é veiculado na sua dimensão absolutista e exclusivamente formal, negando, inclusive, a melhor doutrina e jurisprudência que cita no seu recurso de impugnação judicial.

74. De igual passo, o argumento de que a arguida incorreu em prestações onerosas para obtenção das informações necessárias que lhe permitissem dar cumprimento ao pedido de elementos (contratação de serviços externos) configura alegação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

claramente despicienda, e na medida em que a disponibilidade de meios não integra o âmbito material do princípio do nemo tenetur, que não depende de qualquer juízo sobre a impossibilidade prática de cumprimento do ofício.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

84. Neste conspecto, tentando incidir subsidiariamente sobre o critério da concordância prática ou da ponderação dos bens a partir desta premissa do conteúdo dos elementos e documentos, dir-se-á que a utilização dessas prerrogativas probatórias na recolha e solicitação de elementos pela AdC se revela, perfunctoriamente, correspectiva da realização das atribuições da AdC de promoção e defesa da concorrência, na sua dimensão sancionatória, e, por outro, permite realizar, directa e imediatamente, aquelas mesmas atribuições através de uma gestão probatória eficiente e adequada.

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

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

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

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

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

90. O excursus sobre a jurisprudência da União Europeia também vem dar respaldo a este nosso entendimento sobre o caso prático, consagrado na precedência referencial do Ac. do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, Orkem contra Comissão,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

proc. n.º 374/87 ; do Ac. do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, Limburgse e outros contra Comissão, procs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 e do Ac. do Tribunal de Primeira Instância, de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren—Werke contra Comissão, proc. T-112/98 , os quais, no mesmo compasso, reconhecem amplitude ao princípio do nemo tenetur no direito sancionatório e legitimam a validade de prerrogativas de instrução documental da Comissão obtidos por colaboração dos visados; seja por referência ao citado Ac. Funke e outra jurisprudência do TEDH, desde que essa colaboração não leve à admissão da existência da infracção que deverá sempre integrar o ónus de prova da Comissão.

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

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

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

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

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

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

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

..

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

...

.

V. DECISÃO.

99. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela visada/recorrente Super Bock Bebidas, S.A., absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade proferida em 31 de Julho de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1861) no âmbito do PRC2016/4.

.

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

101. Notifique e deposite.

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

.

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Santarém, 19-11-2018*

Importa analisar, agora, cada um dos fundamentos suscitados pela recorrente, sabendo-se, porém, que nos termos do Art.º 75.º, n.º 1, do DL 433/82 de 27/10 (RGCOA), em sede contra-ordenacional esta instância conhece, em regra, da matéria de direito e, salvo os casos previstos no Art.º 410.º, n.º 2, do Código do Processo Penal, está vedado a este Tribunal syndicar o julgamento em matéria de facto, pelo que deve ater-se à que se mostra assente na decisão impugnada.

(i) Da alegada nulidade do despacho recorrido, por omissão de pronúncia no que respeita ao segredo do processo (Art.º 379.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Na sua motivação de recurso a arguida/recorrente “Super Bock” alega a ocorrência de nulidade prevista nos Art.ºs 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal, *ex vi* Art.ºs 41.º do RGCO, por omissão de pronúncia, quanto à questão que colocou referente ao segredo do processo. Alega que desconhece qual a parte do processo que se encontra acessível a terceiros para consulta, sendo que, a ser dado acesso aos presentes autos e aos seus apensos a terceiros, poderá revelar os seus segredos comerciais e de negócios, na medida em que o acesso ao processo é integral.

Cumpram apreciar deste fundamento.

No dia 08/10/2018 a visada dirigiu-se ao processo como consta de fls 320 a 326, tendo procedido à junção dos dois documentos de fls 327 e ss, bem como à junção do comprovativo do pagamento da taxa de justiça.

Nos pontos 8. e ss deste requerimento a visada teceu uma série de considerações às contra-alegações da AdC, as quais visaram justamente a questão da confidencialidade do processo. A visada fez então saber que na sequência da nota de ilicitude apresentou um requerimento à AdC no qual impetrou a manutenção do processo em segredo (v. ponto 12.), não tendo ainda obtido resposta da AdC, sendo que a revelação dos seus segredos de negócio poderão prejudicar o que vem construindo há 90 anos (13. e 14), pelo que, ainda que tenha sido levantado o referido segredo de justiça, o certo é que a dita falta de pronúncia da AdC “poderá determinar que o presente processo permaneça em segredo de justiça” (15.) e sendo dada publicidade pelo TCRS poderá sofrer danos (16.). Terminou o seu arazoado do seguinte modo: «Tendo em consideração que as alegações constantes dos pontos 8, 9, 10, 31



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e 45 poderão influenciar a decisão nos autos e que, manifestamente, não correspondem à verdade ou não se podem aceitar, requer-se a V. Exa. se digne considerar a presente impugnação específica dos mesmos».

Por seu turno, consultado que foi o recurso da visada constata-se que a arguida concluiu que o processo se encontrava em segredo de justiça [conclusão b)], devendo manter-se secreto, tendo requerido que o mesmo decorra sem publicidade, atenta a existência de informação cuja publicidade lhe acarreta prejuízos [conclusão c)]. Esta conclusão terminou, com sublinhado da visada, do seguinte modo: «(...) requer-se, ao abrigo do disposto no art. 164.º do Código do Processo Civil (CPC), que não seja dada publicidade ao processo, devendo o presente processo manter-se em sigilo» - cfr. fls 12.

No pedido formulado logo após as conclusões a arguida dirigiu-se ao tribunal recorrido nos seguintes termos: «Nestes termos e nos melhores de direito que V. Exa. doutamente suprirá, requer-se, a) Seja limitada a publicidade ao processo nos termos do disposto no artigo 164.º do CPC, no sentido de o mesmo se manter em segredo, (...)» - cfr. fls 17.

Depois, no relatório da decisão agora recorrida o mesmo tribunal recorrido confirmou esta pretensão da visada, formulada em ambos os recursos interlocutórios: «4. Terminou, requerendo procedência do recurso interlocutório, e, em consequência, a limitação da publicidade ao processo nos termos do disposto no artigo 164.º do CPC, no sentido de o mesmo se manter em segredo, (...)» - v. o ponto 4, p. 5 da decisão.

No ponto 10. do relatório o despacho recorrido consignou «10. Atento o encerramento da fase do inquérito, com a sequente comunicação da nota de ilicitude e abertura da fase de instrução, proferido despacho a consignar que não subsistia razão ou fundamento atendível para restrição da natureza pública do processo».

Compulsados os autos não se localiza o despacho a que se reporta este ponto 10. do relatório.

Do exposto resulta que a visada, aqui recorrente, se dirigiu expressamente ao tribunal recorrido tendo-o informado que a questão do segredo de justiça não era susceptível de ser decidida com base no mero facto do encerramento da fase de inquérito, face à circunstância de se encontrar pendente de apreciação pela AdC um requerimento que visava poupar a visada à exposição de informação confidencial contida nos autos. Ou seja, a visada informou



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

o tribunal recorrido de duas coisas: i) que mantinha a expectativa de este se pronunciar sobre a questão da confidencialidade do processo; ii) que esta questão não se bastava com a mera constatação de o processo da AdC ter entretanto passado da fase de inquérito para a fase de instrução.

Sobre esta pretensão da visada o tribunal recorrido não se pronunciou.

Vejamos quais as consequências desta situação processual.

Na definição do objecto da sua pronúncia, o tribunal recorrido definiu esta na decisão final do seguinte modo (v. p. 9): «17. Impõe o presente recurso de impugnação judicial que se aprecie a seguinte questão: - A decisão interlocutórias da AdC de 31.07.2018 deve ser declarada inválida por violação do direito da visada/recorrente à não autoincriminação, constituindo os elementos probatórios obtidos na sequência da notificação do Ofício AdC/2018/1731 prova proibida?».

Como resulta da fundamentação da decisão, o mesmo tribunal *a quo* não apreciou nesta peça a questão do segredo de justiça e por isso não mais voltou ao assunto.

Para se suscitar a dita omissão de pronúncia importa apurar se, a final, o tribunal recorrido estava vinculado a pronunciar-se sobre a questão do segredo de justiça e sobre o segredo de negócio. Efectivamente a visada alegou, no seu recurso, por que razão entendia dever ser ordenada a exclusão da publicidade do processo, tendo culminado essa alegação com a formulação de conclusões e com o pedido correspondente, como descrito supra. Contudo, o facto de ter incorporado na alegação dos recursos essa questão, com a apresentação legítima do seu ponto de vista, e de a fazer culminar com a formulação de um pedido muito concreto, não tira ao assunto o papel secundário que efectivamente tem.

A matéria respeitante à publicidade do processo e ao segredo de justiça nos processos de contra-ordenação por infracções previstas na Lei da Concorrência está tratada de forma expressa no Art.º 32.º da Lei da Concorrência (e nos Art.ºs 86.º e 87.º, ambos do CPPenal, *ex vi* n.º 1 do Art.º 13.º da Lei da Concorrência e n.º 1 do Art.º 41.º do RGCO).

Nos processos de contra-ordenação por infracção às regras de concorrência o processo tem por regra natureza pública (cf. n.º 1 do Art.º 32.º da Lei da Concorrência).

No caso concreto, em 3 de Junho de 2018 foi aberto inquérito contra-ordenacional contra a recorrente, mais se tendo determinado a sujeição do processo a segredo de justiça, nos termos do n.º 2 do Art.º 32.º da Lei da Concorrência (cf. documentos 1 e 2 juntos às



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contra-alegações da AdC ao recurso de decisão interlocutória), designadamente, para salvaguarda da investigação (tendo a AdC realizado diligências de busca, exame, recolha e apreensão entre os dias e 25 de Janeiro de 2017 e 3 de Fevereiro de 2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público.

Em 9 de Agosto de 2018 foi adoptada pela AdC uma nota de ilicitude contra a recorrente (esta decisão põe termo ao inquérito e abre a fase de instrução), mais se tendo determinado o levantamento do segredo de justiça, nos termos do n.º 4 do Art.º 32.º da Lei da Concorrência (cf. documento 3 junto pela AdC às suas anteriores contra-alegações).

O processo de contra-ordenação encontra-se agora em fase de instrução e tem natureza pública.

Neste sentido, todas as co-visadas no processo passam a ter acesso ao processo nos termos previstos no n.º 4 do Art.º 33.º da Lei da Concorrência (com a redacção introduzida pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho), ou seja, passam a ter acesso a toda a informação confidencial constante dos autos nos termos e com os condicionalismos das referidas normas.

Tendo sido levantado o segredo de justiça, qualquer terceiro que demonstre ter um interesse legítimo pode aceder ao processo expurgado de informação confidencial (cf. n.º 3 do Art.º 33.º da Lei da Concorrência).

Deste modo, tendo em conta o enquadramento normativo descrito, o tribunal *a quo* nunca teria poderes para impor o segredo de justiça, recaindo esse poder exclusivamente sobre a AdC.

Na verdade, o que está unicamente em causa é a apreciação da decisão interlocutória da AdC proferida no dia 31/07/2018. Tendo sido esta o alvo da discordância da arguida, é por ela que é definido o objecto sobre o qual recai a apreciação do tribunal. Deste modo, a preocupação legítima da arguida com a confidencialidade do processo visou acautelar a restrição do acesso a terceiros enquanto o processo está pendente.

Ora, não tendo sido a AdC chamada a pronunciar-se sobre a confidencialidade do processo naquela decisão mas apenas sobre a questão da violação do direito à não auto-incriminação e à abertura do envelope apresentado pela visada, o dever de pronúncia do tribunal recorrido que resulta dos recursos da visada só nasce e só se cumpre relativamente a esta última questão, sendo esta que modela o esgotamento do poder jurisdicional desse



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tribunal. É neste pressuposto que as conclusões jogam o seu papel de definição do objecto do recurso.

Estamos perante um recurso que nesta parte não tem objecto e por isso, apesar de o tribunal *a quo* não se ter pronunciado sobre tal requerimento secundário, respeitante à manutenção da confidencialidade do processo que corre na AdC, não é possível afirmar a nulidade da sentença por omissão de pronúncia, devendo em consequência o recurso improceder nesta parte.

De acordo com a alínea c) do n.º 1 do Art.º 379.º do CPPenal, é nula a sentença “quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento.”

Nesse sentido, à pergunta sobre se o tribunal *a quo* deixou de se pronunciar sobre questões que devesse apreciar. A resposta é aqui negativa: como se viu, o tribunal *a quo* nunca teria competência para, de acordo com a norma do Código de Processo Civil (...) invocada pela Super Bock, impor o segredo de justiça ao presente processo, pelo que está em causa uma questão sobre a qual o tribunal *a quo* não podia (ou devia) pronunciar-se.

Do ponto de vista comunicativo ou pedagógico, para a perfeição do acto de julgar, o tribunal recorrido deveria o ter feito, pois estaríamos agora num quadro muito mais clarificado das suas opções decisórias.

Mas isso não quer dizer que persista a referida nulidade decisória por omissão de pronúncia. Não há, pois, uma omissão tal como invocado pela Recorrente mas tão-só uma não pronúncia sobre uma matéria – segredo de justiça - sobre a qual nunca teria poderes para impor e que ficaria sempre prejudicada pela solução jurídica conferida ao litígio.

Com efeito, o pedido da manutenção/reposição do segredo de justiça tinha como pressuposto a invalidade da decisão da AdC. A partir do momento em que o tribunal *a quo* conclui que tal decisão da AdC é válida e nega provimento ao recurso da Super Bock, o conhecimento das demais matérias suscitadas pela recorrente ficou invariavelmente prejudicado.

Em síntese, ou porque estava em causa uma matéria sobre a qual não devia ou podia apreciar, ou porque o conhecimento de tal matéria ficou prejudicado com a apreciação da questão relativa à alegada violação do direito da visada à não auto-incriminação, não recaia



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sobre o tribunal *a quo* qualquer obrigação de conhecer a questão suscitada pela Recorrente sobre o segredo de justiça.

Face ao exposto, há que concluir que não está em causa qualquer omissão de pronúncia por parte do tribunal *a quo*, devendo, em consequência, improceder o requerido.

Sem que se possa divisar qualquer omissão de pronúncia, razão pela qual se julga improcedente este primeiro fundamento de recurso.

(ii) Da impugnação de direito do despacho recorrido, por violação dos preceitos legais e constitucionais indicados no recurso, designadamente por violação do direito da visada, a aqui arguida, à não-incriminação, constituindo os elementos probatórios solicitados e recolhidos pela AdC prova proibida, tornando inválida a decisão administrativa impugnada.

A segunda questão colocada pela arguida respeita ao erro de direito da decisão recorrida quanto à aplicação que fez do princípio *nemo tenetur se ipse accusare* ao caso concreto. Afirma a sua argumentação nos diversos pontos das suas conclusões que têm a ver com a garantia da não incriminação e dos fundamentos da sentença impugnada em torno da extemporaneidade do exercício daquela garantia, da possibilidade de recusa ou da inexistência de violação da mesma garantia.

Cumprе apreciar.

No dia 31/07/2018, ao abrigo dos Art.ºs 15.º, 17.º, n.º 2 e 18.º, n.º 1, a), da Lei da Concorrência, a AdC solicitou à visada o «Envio de todos os documentos elaborados pela Super Bock (com a natureza de “Instrução Corporativa” ou semelhante) que digam respeito à estrutura organizacional da empresa no período compreendido entre 2006 e 2017, incluindo, sem limitar, a IC.003/14-UBP de 11/de abril de 2014 e a OS-008/07.UBP de 31 de janeiro de 2007».

Vejamos.

No exercício dos seus poderes sancionatórios a AdC pode solicitar às empresas documentos e outros elementos de informação que entenda necessários para o esclarecimento dos factos (cf. n.º 2 do Art.º 17.º e alínea a) do n.º 1 do Art.º 18.º, ambos da Lei da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Concorrência); esses pedidos da AdC devem ser instruídos com os elementos previstos no Art.º 15.º da mesma Lei da Concorrência.

Na sequência da notificação da aqui arguida “Super Bock”, com um pedido de elementos, a mesma visada veio requerer a declaração de nulidade dos referidos pedidos por alegada violação do seu direito à não auto-incriminação.

Entendeu a mesma “Super Bock”, em síntese, que:

(i) A possibilidade de abertura de um processo de contraordenação por não prestação de informação, nos termos do artigo da alínea h) do n.º 1 do Art.º 68.º e do n.º 3 do Art.º 69.º da Lei da Concorrência, configura uma forma de coerção para obtenção pela AdC de informação autoincriminatória;

(ii) não existe direito de contraditório, designadamente quanto ao sentido que a AdC possa atribuir às informações solicitadas;

(iii) ao responder ao pedido de elementos da AdC, a visada poderá estar a ser levada a admitir, de forma involuntária, a prática de uma infração à Lei da Concorrência.

Na linha da argumentação expendida pelo Ministério Público e pela autoridade administrativa recorrida, pensamos aqui também que não ocorre aqui violação do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, do direito fundamental a um processo equitativo e demais princípios constitucionais alegados pela recorrente/visada.

Dispõe o n.º 1 do Art.º 32.º, da CRPortuguesa que “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa”, consagrando o n.º 8 mesmo artigo a proibição, absoluta, de obtenção de provas mediante tortura, coacção e ofensa à integridade física e moral da pessoa e uma limitação apertada no processo de obtenção de prova, mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações: “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” (Art.ºs 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Art.º 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Na lei ordinária, dispõe o Art.º 126.º, do Código de Processo Penal, sob a epígrafe “Métodos proibidos de prova”, que “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” (n.º 1), dispondo o n.º 2 do mesmo artigo que “São ofensivas da integridade física ou moral



U

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível”.

Estatui, por seu turno, o n.º 3, do Art.º 126.º, do CPPenal, que “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”.

Assim, a prova obtida mediante métodos que agridam directamente a dignidade e integridade física ou moral do homem, porque direitos indisponíveis e inalienáveis, enferma de nulidade absoluta. Tratamento diverso é dado quando os direitos em causa são disponíveis, caso em que a prova obtida enferma de nulidade relativa, sendo admissível a validade de meios de prova obtida que, de algum modo, colidam com esses valores e direitos, Isto porque não está em causa apenas direitos individuais, mas valores do Estado de Direito democrático.

“A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma. Quando os meios utilizados para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos, não podem ser utilizados em circunstância alguma: ficam inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a justiça seja perseguida por meios inconstitucionais” (Jorge Miranda e Rui Medeiro, *Constituição Anotada*, Tomo I, 2005, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 361).

Sobre a questão, pode ler-se no Acórdão de 14/07/2010, do Supremo Tribunal de Justiça:

“As proibições de prova dão lugar a provas nulas - artigo 38.º, n.º 2, da CRP.

A lei portuguesa proíbe as provas fundadas na violação da integridade física e moral do agente e as provas que violem ilicitamente a privacidade. Maia Gonçalves, Meios de Prova, Jornadas de Direito Processual Penal, 1989, pág. 195, a propósito dos n.ºs 1 e 3 do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

artigo 126.º, referia tratar-se em seu entender de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1 e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas; «enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminados com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no art.º 119.º e está neste art.º 126.º, através da expressão imperativa não podendo ser utilizadas, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no art. 119.º ou em qualquer outra disposição da lei. Em relação a estas últimas provas, obtidas mediante os processos aludidos no n.º 3, a lei atendeu de algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio *volenti non fit injuris*».

O direito à não-incriminação ou à não auto-inculpação é um direito internacionalmente reconhecido que tem como fundamento a ideia de um processo equitativo e é expressão das garantias de defesa, consagradas no citado Art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Não havendo dúvida sobre o fundamento do princípio do *nemo tenetur*, também não há dúvida sobre a sua natureza constitucional, embora inexista hoje em dia uma norma que faça uma referência expressa a esse princípio (enquanto expressão literal).

O Art.º 16.º da Constituição da República Portuguesa é uma verdadeira “porta” de recepção de um princípio regulado no Art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. É essa “porta” que garante a eficácia do *nemo tenetur se ipsum accusare*, enquanto direito constitucional, na consideração das demais garantias constitucionais acima apuradas.

O direito constitucional de não garantir para a própria incriminação implica a desnecessidade de facultar prova incriminatória às entidades competentes. Na aferição do que será uma prova auto-incriminatória adopta-se um conceito maximalista, ou seja, a protecção do princípio do *nemo tenetur*, abrange não só o direito ao silêncio, enquanto direito de não prestar declarações auto-incriminatórias, mas também o direito a não facultar documentos ou qualquer outro elemento não-verbal contra a sua vontade.

A amplitude do *nemo tenetur*, não se manifesta apenas no âmbito material, mas também no âmbito subjectivo.



ul

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Deste modo, à semelhança da pessoa singular que goza dos direitos de defesa presentes no CPPenal, também a pessoa colectiva goza no direito português da protecção do direito à não auto-inculpação. Essa protecção da pessoa jurídica é atribuída, porque também esta goza da possibilidade de ser responsabilizada, jurídico-penalmente falando.

A aplicação do princípio à pessoa colectiva jurídica, não tem sido aceite, de igual forma, na jurisprudência internacional. Principalmente no caso *Hale vs Henkel*, em que foi rejeitada a aplicação do princípio com a alegação de que uma empresa é considerada uma criação do Estado, e como tal, a não entrega de documentos poderia significar uma imunidade sancionatória.

A protecção ampla do *nemo tenetur* pode e deve ser concedida em qualquer processo sancionatório, não sendo exclusiva de um processo com natureza penal e abrangendo assim o processo contra-ordenacional.

Para além de não existir uma limitação ao nível da natureza do processo, a protecção do princípio, pode ser atribuída ainda numa fase embrionária, onde a pessoa ainda possui apenas o estatuto de suspeito. Contudo, a garantia à não auto-incriminação apresenta uma maior efectividade quando o suspeito, se constitui como arguido segundo o disposto no n.º 2 do Art.º 59.º do CPPenal.

Desde a constituição como arguido, o mesmo gozará de uma protecção contra a auto-incriminação até ao trânsito em julgado da sentença. Verificada a importância do *nemo tenetur*, como direito de defesa, o seu não cumprimento, provocará duas consequências. A primeira será a não valoração das declarações prestadas, se se constatar irregularidades na constituição como arguido. A segunda, será a proibição de valoração de prova, quando obtida contra a vontade ou a livre iniciativa do arguido, segundo o disposto no Art.º 126.º do CPPenal.

No que concerne, ao tema do conflito entre a realização de cooperação para efeitos da lei da concorrência, como a aqui divisada, e o direito à não autoinculpação da visada, podemos retirar algumas conclusões.

Entre a visada empresa e a AdC existe uma cooperação recíproca que tem como objetivo a prossecução dos fins da regulação dos mercados e da economia.

A empresa visada tem os seus deveres esclarecidos legislativamente sendo que o seu contributo reveste-se de especial relevância para a descoberta de uma verdade material. Por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

vezes os deveres de cooperação podem coordenar-se com o princípio do *nemo tenetur*, uma vez que, a prova incriminatória, recolhida pela AdC pode ser utilizada, contra as empresas visadas, no processo sancionatório.

Podem aqui desenhar-se duas posições para tentar solucionar o problema da utilização da prova (obtida em procedimento preliminar), num processo sancionatório ou contra-ordenacional.

A tese que rejeita a valoração da prova no processo sancionatório, apoia-se na ideia de que o contribuinte, uma vez que é obrigado a cooperar, vê-se sem alternativa para escapar à sua própria incriminação. No sentido inverso, a tese que aceita a valoração da prova em processo sancionatório apoia-se na ideia de que, só são, em princípio, proibidas a valoração de provas, se se preencherem os pressupostos de aplicação do Art.º 126.º do CPPenal.

Dito isto, faz sentido, a nosso ver, garantir uma comunicabilidade da prova. Não podemos ver os deveres de cooperação, como deveres que destroem toda a hipótese do arguido ter uma decisão jurisdicional que lhe seja favorável. Apesar da autoridade administrativa poder controlar a recolha de provas num determinado procedimento inspectivo e, com base nelas, decidir instaurar inquérito através da delegação de funções do Ministério Público, nem sempre tal constitui uma acumulação de poderes, eternamente atentatória dos direitos de defesa do arguido.

O visado, a empresa notificada ou interpelada (com o estatuto de arguido), quando, vê o seu direito à não auto-incriminação afectado, tem sempre a protecção dada pelo Art.º 18.º da Constituição da República.

Tal como se expressa a jurisprudência do Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 340/2013, também à frente citado, só após de uma operação de ponderação entre os direitos e/ou interesses constitucionais envolvidos, isto é, após a verificação dos requisitos de legalidade, proporcionalidade e adequação, se poderá concluir pela prevalência ou não do princípio do *nemo tenetur*.

Como expende Paulo Pinto de Albuquerque, em *Comentário do Código de Processo Penal*, UCE, Dezembro 2007, pág. 326, anotação 3, «A nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana».



ul

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E, no ponto 4, quanto ao regime da nulidade da prova proibida, diz que há que distinguir: a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral, previsto no artigo 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPPenal é insanável.

A nulidade da prova proibida, que atinge os direitos à privacidade previstos no Art.º 126.º, n.º 3, é sanável pelo consentimento do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*. Se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida.

Em síntese, o Art.º 126.º, n.ºs 1 e 2, prevê nulidades absolutas de prova e o n.º 3 prevê nulidades relativas de prova.

Assim, também neste sentido Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in CRP Anotada*, 2007, em anotação XV ao artigo 32.º, pág. 524: “A interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal e, relativa, nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34.º-2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos”.

Pese embora sem expressa consagração na nossa Constituição, é de conceder ao princípio *nemo tenetur* – que não tem carácter absoluto e está sujeito por lei a restrições sobretudo nas regras legais da concorrência –, uma “natureza constitucional implícita”, de matriz adjectiva, porquanto se pode compreender no âmbito das garantias de defesa do arguido previstas no Art.º 32.º n.º 1 da CRPortuguesa.

Para que essas restrições ao princípio *nemo tenetur* tenham validade constitucional, impõe-se:

- (i) que estejam previstas em lei prévia e expressa; e
- (ii) que sejam decretadas em nome da protecção e salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos e em obediência ao princípio da proporcionalidade previsto no Art.º 18.º n.º 2, da mesma CRPortuguesa.

Conforme já referido, o direito à não auto-incriminação é unanimemente considerado como um direito fundamental implícito no Art.º 32.º da Constituição, integrado no direito a um processo equitativo e nas garantias de defesa previstas no n.º 1. Tem a sua expressão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

máxima na vertente do “direito ao silêncio”, tendo a sua origem nos direitos fundamentais referidos pelo arguido – dignidade humana, liberdade e presunção de inocência, (“Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, Figueiredo Dias, Costa Andrade e Frederico Costa Pinto, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, pág. 36 e seg., Almedina) -, estando ainda consagrado no Art.º 6.º, da CEDH e no Art.º 14.º, do PIDCP.

Este direito abrange o direito a não entregar documentos e não praticar actos, por via de métodos capciosos, humilhantes e/ou que coarctem a liberdade do visado e contribuam para a sua incriminação.

Por último, o direito à não incriminação, implícito nas garantias do processo penal e aplicável, quer no processo penal, quer no processo contra-ordenacional, não é absoluto.

Conforme foi decidido na decisão recorrida e cujos fundamentos merecem a nossa concordância, o direito à não auto-incriminação não é absoluto. Pode sofrer restrições nos termos do Art.º 18.º, n.º 2, da CRPortuguesa, encontrando-se espelhado na alínea d), do n.º 3, do Art.º 61.º, do CPPenal, algumas das limitações impostas a esse direito, no âmbito do processo penal.

Em segundo lugar, mesmo a entender-se que vale em matéria contra-ordenacional o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação constitucionalmente afirmados, tais direitos podem ser sujeitos a limitações por via legal, como é o caso dos deveres de informação e colaboração impostos às entidades empresariais no domínio da concorrência que estão em causa nos presentes autos.

Acompanhamos, aqui, argumentação expendida pelo Ministério Público nas suas alegações de resposta ao recurso, sobretudo na sua resenha jurisprudencial.

Conforme se diz no acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 661/2011, “Numa fase inicial, ainda no procedimento administrativo de supervisão, nenhuma dúvida haverá quanto à possibilidade de utilização dos elementos coligidos pela Autoridade da Concorrência, no âmbito dos poderes de supervisão, em ulterior procedimento contra-ordenacional.

No âmbito penal é relativamente abundante a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o direito à não auto-incriminação e à possibilidade da sua compressão:

- Ac. do TC 333/2018 e os precedentes aí mencionados como o Ac. 155/2007 que apreciou a conformidade constitucional da colheita de material biológico obtida



III

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

coercivamente e o direito ao silêncio do arguido; o Ac. 288/98 quanto à consagração, na revisão constitucional de 1997, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade; o Ac. 228/2007 sobre a colheita de material biológico mediante a intervenção do JIC;

- O Ac. do TC 340/2013, já acima citado, que não julgou inconstitucional a norma resultante da interpretação do disposto nos Art.ºs 61.º, n.º 1, d), e 125.º, do Código de Processo Penal, com o sentido de que os documentos obtidos por uma inspecção tributária, ao abrigo do dever de cooperação imposto nos Art.ºs 9.º, n.º 1, 28.º, n.º 1 e 2, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de Dezembro, e nos Art.ºs 31.º, n.º 2, e 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária, possam posteriormente vir a ser usados como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra o contribuinte;

- Os Acórdãos do mesmo TC com os n.ºs 426/91, 319/195, 254/99, 628/2006, 155/2007, 95/2011, 34/2012, 159/2012, 418/2013 e 397/2014 quanto à conformidade constitucional da obrigatoriedade de sujeição ao teste de alcoolemia por parte do condutor de veículo automóvel;

- O Acórdão 155/07 julgou inconstitucional, por violação do disposto nos Art.ºs 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita e julgou inconstitucional, por violação do disposto no Art.º 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do Art.º 126º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos;

- o Acórdão n.º 181/05 do mesmo TC decidiu “não julgar inconstitucional o artigo 133.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de não exigir consentimento para o depoimento, como testemunha, de anterior co-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi já objecto de decisão transitada em julgado”;

- no Acórdão n.º 695/95, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do Art.º 342.º do Código de Processo Penal, “enquanto impõe ao arguido, o dever de responder às perguntas do presidente do tribunal no início da audiência de julgamento sobre



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

os seus antecedentes criminais e sobre outro processo penal que contra ele corra nesse momento”.

A propósito da proibição da transmissão da responsabilidade penal consagrada na norma do Art.º 30.º, n.º 3 da CRP e sua aplicação no âmbito contra-ordenacional, o Acórdão do TC n.º 201/2014 ponderou o seguinte:

«8. Não existe na jurisprudência do Tribunal Constitucional uma reflexão sobre os termos em que as normas que contêm princípios constitucionais com relevo em matéria penal valem no domínio contra-ordenacional. A inexistência dessa reflexão explica-se, em parte, por razões que se relacionam com as características do processo de fiscalização concreta da constitucionalidade (...). Tal não significa, note-se, que o Tribunal Constitucional não tenha tomado já posição sobre questões de recorte mais fino, tais como a extensão ao domínio contra-ordenacional de determinados princípios constitucionais com relevo em matéria penal, designadamente aquele ou aqueles princípios (princípio da legalidade ou da tipicidade; princípio de non bis in idem; princípio da aplicação retroativa da lei penal de conteúdo mais favorável, princípio da proibição dos efeitos automáticos das penas; princípio da culpa; princípio do contraditório, princípio nemo tenetur; etc.) que se tivessem por pertinentes para a apreciação da conformidade constitucional da “norma do caso” (...). Simplesmente, no que respeita à questão, de âmbito mais amplo, sobre os termos em que as normas e os princípios constitucionais com relevo em matéria penal valem no domínio contra-ordenacional, de balde se procurará uma reflexão sobre a mesma na jurisprudência deste Tribunal. À razão de ordem processual que já vimos explicar a inexistência de uma reflexão sobre a matéria, podemos adicionar uma razão de ordem metodológica relacionada com a própria estrutura das normas constitucionais que contêm princípios. É que tais normas são insusceptíveis de comportar uma aplicação segundo uma lógica de tudo-ou-nada, através de uma operação que nelas procure subsumir parcelas da realidade que caibam na sua previsão normativa. À questão de saber se as normas constitucionais que contêm princípios com relevo em matéria penal ordenam o domínio contra-ordenacional é impossível responder através de um método que se limite a identificar a situação de facto abstractamente prevista para assim verificar se a parcela da realidade se subsume à previsão normativa ou dela está excluída. A estrutura normativa do princípio requer, pois, uma hermenêutica própria. Diversamente do que se verifica relativamente às normas constitucionais que contêm regras, que se cumprem através da obediência, os princípios cumprem-se através da adesão (v., nesse sentido, Gustavo



ul

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 2.^a ed., Einaudi, Torino, 1992, nota 96, p. 149), isto é através de processos gradativos de optimização, e não através de processos disjuntivos de sim-ou-não. Porque assim é, a ponderação efectuada, atendendo às circunstâncias de cada caso concreto, entre determinado princípio constitucional com relevo em matéria penal e outros direitos, interesses ou valores, necessariamente conduz a juízos valorativos sobre o peso relativo a atribuir a cada elemento que, por definição, não permitem uma tomada de posição categórica sobre a valência dos princípios constitucionais com relevo em matéria penal no domínio contra-ordenacional. Esses dois factores – de ordem processual, o primeiro; de ordem metodológica, o outro – explicam por que razão a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a matéria da extensão ao domínio contra-ordenacional dos princípios constitucionais com relevo em matéria penal se revela necessariamente fragmentária.» «Do princípio da unidade da Constituição decorre que a resolução da questão de constitucionalidade com a qual o Tribunal Constitucional é confrontado não fique dependente de uma leitura isolada de um determinado preceito constitucional (...), antes se impondo uma interpretação integrada da Constituição enquanto sistema normativo unitário. (...) «Assim, se não restam dúvidas que as normas constitucionais com relevo penal têm a natureza e estrutura de princípios, também não restam dúvidas de que tais princípios valerão para o domínio contra-ordenacional, não “com o mesmo rigor” ou com o mesmo grau de exigência” com que valem para o domínio criminal, mas apenas na sua “ideia essencial”. Esta é pois a conclusão firme que se pode retirar da rica jurisprudência constitucional sobre o tema (v. supra, ponto 9). Uma das características dos princípios é a sua capacidade de acomodação ou de adaptação face a outros que com eles conflituam. No domínio do direito penal, a acomodação dos princípios constitucionais a outros valores que com eles conflituam deve fazer-se (desde logo, por via legislativa), tendo em conta o particular peso dos bens jurídicos individuais que as normas que consagram os primeiros tutelam. Por isso mesmo, tem-se entendido que o dever, que impende sobre o Estado, de emitir normas de protecção de bens jusfundamentais não pode sacrificar os princípios da culpa ou da necessidade e subsidiariedade das penas, atento o peso próprio que estes últimos encontram num sistema constitucional fundado na dignidade da pessoa (por exemplo, os já citados Acórdãos n.ºs 288/98 e 617/2006).

Diversamente se passarão as coisas no domínio contra-ordenacional, precisamente por aí velarem com “menos rigor” ou com “menos intensidade” os princípios que integram as normas da Constituição com relevo penal.»



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No âmbito contra-ordenacional, o Ac. do TC 360/2016 julgou não inconstitucional a interpretação normativa retirada dos artigos 116.º e 120.º do RGICSF, 361.º do CVM, 41.º e 54.º do RGCO, e 126.º e 261.º do CPP, com o sentido de “após notícia do ilícito, os Reguladores podem intimar os supervisionados visados a fornecer documentação, sob cominação de sanção por incumprimento do dever de colaboração, fora do quadro de um processo sancionatório formalmente organizado, podendo essa documentação assim obtida, ser utilizada como prova contra o visado/Arguido e/ou outros, em processos sancionatórios futuros”.

Relativamente à utilização em processo contra-ordenacional de elementos recolhidos pela AdC nas suas atividades de fiscalização e supervisão, o Ac. do TC 461/2011, entendeu estarmos perante uma restrição admissível do princípio da não auto-incriminação, tendo contudo, na sua argumentação, valorado especialmente a circunstância de estarmos perante a possibilidade de aplicação de meras sanções contra-ordenacionais. No mesmo sentido concluíram Figueiredo Dias, Costa Andrade e Costa Pinto, relativamente a documentos recolhidos pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, posteriormente utilizados como prova em processo contra-ordenacional movido pela mesma entidade (in pareceres publicados em “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, Almedina, 2009) - vide a fundamentação do Ac. do TC 340/13.

O Ac. do TC 203/09 foi confrontado com um recurso de constitucionalidade no qual foi sindicada a conformidade constitucional com os Art.ºs 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 2, 8 e 10 da CRP 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 (anterior Lei da Concorrência), no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos. Malgrado o TC ter rejeitado o recurso, o seu texto não deixa de ser esclarecedor sobre o posicionamento da jurisprudência das instâncias e do próprio TC na abordagem da questão.

No direito europeu da concorrência o trio de acórdãos que tem servido de guia quanto ao direito à não auto-inculpação é formado pelos Acórdãos Orkem/Comissão (P. 374/87, EU:C:1989:387, n.ºs 28 a 35), Aalborg Portland e o./Comissão (P. C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P e C 219/00 P, EU:C:2004:6, n.ºs 62 a 65) e Comissão/SGL Carbon (P. C 301/04 P, EU:C:2006:432, n.ºs 40 a 49). Todos eles trataram factos praticados sob o regime do Regulamento n.º 17/1962, antecessor do actual Regulamento 1/2003.



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A concordância prática entre o princípio *nemo tenetur* e a pretensão sancionatória eficaz e uniforme dos Art.ºs 101.º e 102.º do TFUE (anteriores Art.ºs 81.º e 82.º) na União é exposta no considerando 23 do Regulamento 1/2003 do Conselho de 16/12/2002 nos seguintes termos: «A Comissão deverá dispor, em todo o território da Comunidade, de poderes para exigir as informações necessárias para detectar eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas proibidas pelo artigo 81.º do Tratado, ou eventuais abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 82.º do Tratado. 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 exhibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infracção».

O Art.º 18.º deste Regulamento 1/2003 dispõe: «1. No cumprimento das funções que lhe são atribuídas pelo presente regulamento, a Comissão pode, mediante simples pedido ou decisão, solicitar às empresas e associações de empresas que forneçam todas as informações necessárias. 2. Ao dirigir um simples pedido de informações a uma empresa ou associação de empresas, a Comissão deve indicar o fundamento jurídico e a finalidade do pedido, especificar as informações que são necessárias e o prazo em que as informações devem ser fornecidas, bem como as sanções previstas no artigo 23.º, no caso de fornecimento de informações inexactas ou deturpadas. 3. Sempre que solicitar, mediante decisão, às empresas ou associações de empresas que prestem informações, a Comissão deve indicar o fundamento jurídico e a finalidade do pedido, especificar as informações que são necessárias e o prazo em que as informações devem ser fornecidas. Deve indicar igualmente as sanções previstas no artigo 23.º e indicar ou aplicar as sanções previstas no artigo 24.º Deve indicar ainda a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça. 4. São obrigados a fornecer as informações pedidas, em nome da empresa ou associação de empresas em causa, os proprietários das empresas ou os seus representantes e, no caso de pessoas colectivas, de sociedades ou de associações sem personalidade jurídica, as pessoas encarregadas de as representar nos termos da lei ou dos respectivos estatutos. Os advogados devidamente mandatados podem fornecer as informações pedidas em nome dos seus mandantes. Estes últimos são plenamente responsáveis em caso de prestação de informações incorrectas, inexactas ou deturpadas».



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No acórdão PVC II, o Tribunal de Justiça esclareceu melhor o critério da auto-incriminação: o que é decisivo é se a resposta do destinatário equivale efectivamente à confissão de uma infracção.

De acordo com essa jurisprudência, a Comissão não está autorizada a fazer perguntas cujas respostas possam levar a empresa em questão a admitir a sua culpa.

Por exemplo, não existirá qualquer dúvida de que a Comissão não está autorizada a perguntar às empresas se, durante uma certa reunião, os seus representantes e os representantes dos seus concorrentes chegaram a um acordo sobre aumentos de preços ou se concordaram em não concorrer em determinados mercados nacionais. Embora essas perguntas possam ser descritas como puramente factuais, violariam manifestamente o direito da empresa a não fornecer informações auto-incriminatórias, dado que a resposta poderia equivaler ao reconhecimento expresso de uma infracção ao Art.º 101.º TFUE.

A interpretação do direito à não auto-incriminação aqui proposta também encontra apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente nos acórdãos Orkem, Solvay e SGL Carbon. Em todos esses processos, o Tribunal de Justiça considerou auto-incriminatórias e, portanto, inadmissíveis, perguntas que eram meramente factuais.

Assim, casos poderão existir em que uma pergunta seja censurável porque a resposta poderá levar a uma admissão de culpa, ainda que diga unicamente respeito a factos e não seja solicitada qualquer opinião sobre esses factos.

Algumas perguntas podem violar o direito de uma empresa à não auto-incriminação, ainda que não seja pedido ao destinatário que faça uma apreciação jurídica ou que emita um parecer jurídico. Esta conclusão decorre muito claramente da jurisprudência acima mencionada: nenhuma das perguntas criticadas pelo Tribunal de Justiça exigia que as empresas em causa fizessem uma apreciação jurídica. Por conseguinte, o facto de a pergunta não exigir que a recorrente manifestasse uma opinião de natureza jurídica não afasta necessariamente a possibilidade de essa pergunta violar o direito à não auto-incriminação.

Voltando à jurisprudência constitucional, importa, antes de mais, precisar a noção do que se considera ser o direito à não-incriminação.

Como referiu o Ac. do TC 155/07 em contexto penal, transponível para o direito contra-ordenacional, «o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em sentença proferida em 17 de Dezembro de 1996 (caso Saunders v. Reino Unido), concluiu que o citado



U

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse direito se não estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de A.D.N.».

É precisamente esta associação do nemo tenetur ao silêncio do arguido que encontramos na fundamentação dos acórdãos do TC 304/04 e 181/05 – cfr. a doutrina e a jurisprudência ali referidas. No Ac. 400/15 o TC voltou a reafirmar este entendimento a propósito da não auto-incriminação em contexto de escutas telefónicas, nos seguintes termos: o direito à não auto-incriminação refere-se ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, «não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN» .

Mesmo o Ac. do TC 108/2014, que aparentemente pretendeu estender conceito do direito à não auto-incriminação, logo exprime cautela ao rejeitar carácter absoluto ao princípio nemo tenetur, insito num radical direito de defesa: «Este princípio, além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a prestação de informações ou a entrega de documentos auto-incriminatórios, no âmbito de um processo penal. Tal princípio intervém no processo penal sob duas formas distintas: preventivamente, impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação e repressivamente, obrigando à desconsideração de meios de prova recolhidos com aproveitamento dum colaboração imposta ao arguido». Mas tem sido também reconhecido que o direito à não auto-incriminação não têm um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade).”»

A proibição de tal utilização – como refere F. Lacerda da Costa Pinto, a propósito de outra entidade reguladora: a CMVM – “seria mesmo algo de iníquo e contraditório, porque acabaria por criar uma zona franca de responsabilidade: qualquer elemento entregue à



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

supervisão que viesse mais tarde a ser relacionado com uma infracção não poderia ser usado como prova. Como não há processo sancionatório sem prova, as competências contra-ordenacionais das autoridades de supervisão ficariam inutilizadas através de uma espécie de imunidade antecipada conseguida na fase de supervisão. Ou seja, o cumprimento da lei (na fase de supervisão) acabaria por impedir o cumprimento da lei (na fase sancionatória). Nenhum sistema jurídico racional subsistiria com uma antinomia desta natureza.” (J. de Figueiredo Dias, M. da Costa Andrade e F. Lacerda da Costa Pinto, “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, Almedina, 2009, p. 106 e 107).”.

O pedido de informações solicitado à visada permite uma compressão do direito fundamental *nemo tenetur*, justamente por este último não ter um carácter absoluto – cfr. o já assinalado Ac. do TC 461/2011. Aliás, como vimos supra a partir do Ac. do TC 201/2014, ao contrário das regras, que constituem comandos definitivos e cuja forma característica é a subsunção, os princípios são comandos de optimização e enquanto tais «eles são as normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas». Não se trata de uma relação de tudo ou nada, como ali referiu o TC, mas de encontrar um ponto de equilíbrio que permita a afectação do direito fundamental em apreço sem agredir o seu núcleo essencial. Esta possibilidade de compressão aumenta fora do contexto penal, uma vez que neste a assunção da culpa implica a aplicação de uma sanção que pode passar pela constrição da própria liberdade física pessoal, o que em caso algum ocorre no caso do direito sancionatório das contra-ordenações que vigora na nossa ordem jurídica.

Quanto às informações solicitadas pela AdC à visada, aqui recorrente, o critério a considerar, subjacente à legitimidade do pedido, e que é suportado pelas normas dos Art.ºs 15.º e 18.º, n.º 1, a), 2.ª parte, da Lei da Concorrência (LC), não se afere apenas pelo sentido da resposta mas também, e antes de mais, pelo próprio pedido. Na verdade, se a resposta ao pedido implicar a apresentação de documentos que não obstante partirem de uma base factual co-envolverem o reconhecimento, ainda que indirecto da prática da infracção, temos de reconhecer que isso poderá constituir uma agressão ao núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*, mesmo no âmbito do direito das contra-ordenações, onde a elasticidade do princípio é maior e o correspondente controlo constitucional reveste menor intensidade.

Em suma, o dever de cooperação a que se reportam os referidos Art.ºs 15.º e 18.º, n.º 1, a), 2.ª parte da LC poderá implicar, por parte do notificado, uma actividade de recolha e



W

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

selecção da informação solicitada de que é possuidor, que ocorre sempre fora do controlo directo e imediato da autoridade administrativa mas que tem como limite, sempre, a salvaguarda do núcleo essencial do princípio *nemo tenetur se ipse accusare*. Este princípio decorre expressamente, no plano material, do Estado de Direito e implicitamente, no plano formal, destas normas dos Art.ºs 15.º e 18.º, n.º 1, a), 2.ª parte, da LC, conjugadas entre si e com a norma do Art.º 17.º, n.º 2 da mesma LC.

A compatibilidade destas normas com o direito de defesa da arguida carece pois de uma análise feita caso a caso, desde logo, num primeiro momento, no plano do direito infraconstitucional.

Importa recordar que os pedidos de informação, formulados pela AdC à visada, constituem diligências de investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova (Art.º 17.º, n.º 2, da LC), a qual é susceptível de ser utilizada mediante esclarecimento prévio da visada aquando do pedido de informações (Art.º 31.º, n.º 5 da LC).

Tal prerrogativa tem como finalidade a satisfação do interesse público na descoberta da verdade e a satisfação da pretensão punitiva do Estado-Administração em todos os sectores da economia, aqui incluídos, portanto, os mais importantes e complexos. E tem como razão de ser permitir a prova de comportamentos perpetrados no mundo dos negócios, caracterizado por forte competição externa, relações de confiança interna, de selectividade e confidencialidade da informação estratégica, operacional e de criação/sustentação de produto, crescentemente protegido pela propriedade industrial.

A aqui recorrente “Super Bock”, anteriormente designada “Unicer Bebidas”, SA, foi objecto de uma denúncia por parte de um distribuidor, a DSB CER Unipessoal, Lda por alegada prática de fixação de preços de revenda dos distribuidores de bebidas (cervejas, águas, sumos/refrigerantes), com os quais estabeleceu contratos de fornecimento exclusivo e de atribuição exclusiva de áreas de vendas. O denunciante acompanhou a denúncia de 45 documentos que relatam factos que foram objecto da análise sumariada pela AdC na decisão de abertura de inquérito de fls. 70 a 74, cujo teor aqui se reproduz.

Essa análise documental permitiu à AdC enquadrar os factos denunciados na infracção prevista no Art.º 9.º da LC, correspondente ao Art.º 101.º do TFUE - daí a invocada aplicação do direito europeu.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No dia 31/07/2018, ao abrigo dos mencionados Art.ºs 15.º, 17.º, n.º 2 e 18.º, n.º 1, a) da LC, a AdC solicitou à visada o «Envio de todos os documentos elaborados pela Super Bock (com a natureza de “Instrução Corporativa” ou semelhante) que digam respeito à estrutura organizacional da empresa no período compreendido entre 2006 e 2017, incluindo, sem limitar, a IC.003/14-UBP de 11/ de abril de 2014 e a OS-008/07.UBP de 31 de janeiro de 2007».

Trata-se de informação que é tendencialmente pública, e geralmente poderá ser encontrada na informação institucional da empresa. Contudo, a atribuição e divisão de tarefas são um processo dinâmico da organização interna das empresas as mais das vezes apenas conhecida dos próprios envolvidos e da administração.

É por isso inteiramente compreensível que a AdC careça da colaboração da visada para melhor discernir quem é responsável pelo quê. Esta prática é tanto mais legítima quanto preserva a visada e os eventuais responsáveis individuais de eventuais imputações indevidas.

Percebe-se que estes elementos ajudarão a contextualizar e a compreender a estrutura societária da visada, quer o seu desempenho empresarial e económico e, assim, a modelar o *quantum* da eventual coima a aplicar.

Mas daqui não decorre a confissão, ainda que implícita, dos factos pelos quais a visada foi denunciada pela DSB CER Unipessoal, Lda e o reconhecimento da sua responsabilidade na infracção prevista no Art.º 9.º da LC. Dito de outro modo, os elementos solicitados pela AdC são objectivos mas mais do que isso, a sua disponibilização, pela visada, não implica, só por si, uma assunção de qualquer juízo de censura sobre o comportamento relativamente ao qual é investigada, de modo a desonerar aquela autoridade do ónus da prova dos factos integradores da infracção indiciada. Sendo puramente factuais os elementos solicitados pela AdC não implicavam a realização de um juízo de valor.

Por outro lado, a alegada prática de fixação de preços de revenda dos distribuidores de bebidas, com os quais a visada estabeleceu contratos de fornecimento exclusivo e de atribuição exclusiva de áreas de vendas, prevista pelo Art.º 9.º, n.º 1, a) da LC é, à semelhança da congénere do Art.º 101.º, n.º 1, a) do TFUE, uma infracção por objecto, não requerendo a prova dos efeitos anti-concorrenciais.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O pedido solicitado pela AdC foi formulado, assim, ao abrigo das normas dos Art.ºs 15.º, n.ºs 1 e 2, 17.º, n.º 2 e 18.º, n.º 1, a) da LC e foi instruído como prescrito no Art.º 15.º da LC.

Dúvidas não há que a compressão do direito de defesa em apreço resultou de previsão legal prévia e expressa, com carácter geral e abstracto, mostrando-se por isso respeitadas as exigências decorrentes do princípio da legalidade.

Dúvidas não subsistem, também, que aquele pedido foi fundamentado (Art.º 268.º, n.º 3, da CRPortuguesa) e por isso respeitador do princípio geral da boa administração.

Dúvidas não há, ainda, que tal pedido foi claro e preciso, designadamente, na indicação da base jurídica, da qualidade do destinatário, do objectivo do pedido, do efeito cominatório (Art.º 15.º da LC) e da possibilidade da sua utilização como meio de prova (Art.º 31.º, n.º 5 da LC) e por isso respeitou o princípio geral de direito da segurança jurídica.

Não existindo, dessa forma, a existência de confusão entre a autoridade administrativa de supervisão ou de regulação e a autoridade administrativa com poderes sancionatórios – assim, nos Acs. da RL de 15/2/2011, processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/571808b4745c245d80257856004fb6d3?OpenDocument>, e de 17/4/2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/849980283d233cfd802579e6004e401f?OpenDocument>.

Assim, ponderado o interesse público que justifica o inquérito da AdC e a necessidade de esta receber informações que lhe permitam desempenhar as tarefas que lhe são atribuídas e, do lado oposto, o ónus da visada (o tempo, o volume de trabalho e o presumível desvio de recursos humanos correspondente) de satisfazer o pedido de informações que lhe foi formulado em apenas um parágrafo pela AdC, dúvidas também não subsistem quanto à proporcionalidade do pedido de informação. Consequentemente, os factos que constam das informações disponibilizadas pela visada poderão ser utilizadas como meio de prova contra a mesma, nos termos do disposto no Art.º 31.º, n.º 5 da LC.

Pelo que, nos moldes do exposto, improcede este outro fundamento do recurso.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em face de tudo o exposto, não se verifica a nulidade invocadas ou o vício da decisão suscitados, improcedendo todos os demais fundamentos do recurso, mantém-se a decisão jurisdicional recorrida e a notificação da recorrida de 31/07/2018, pela AdC, ao abrigo dos mencionados Art.ºs 15.º, 17.º, n.º 2 e 18.º, n.º 1, a) da LC, pelo qual esta solicita à recorrente o «Envio de todos os documentos elaborados pela Super Bock (com a natureza de “Instrução Corporativa” ou semelhante) que digam respeito à estrutura organizacional da empresa no período compreendido entre 2006 e 2017, incluindo, sem limitar, a IC.003/14-UBP de 11/ de abril de 2014 e a OS-008/07.UBP de 31 de janeiro de 2007».

IV. DECISÃO

Pelo exposto acordam os Juízes desta Relação em julgar não provido o recurso interposto pela visada/recorrente “Super Bock Bebidas”, SA.. confirmando-se integralmente a decisão recorrida.

Fixa-se a taxa de justiça devida pela recorrente em 5 (cinco) UC's.

Notifique-se.

Processado por computador e revisto pelo primeiro signatário (cfr. Art.º 94.º, n.º 2, do CPPenal).

Lisboa, 3 de Abril de 2019

Nuno Coelho

Ana Paula Grandvaux