

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA | PENAL

Acórdão

| Processo | Data do documento | Relator |
|------------------|----------------------|---------------------|
| 488/19.6T9STR.E1 | 7 de janeiro de 2020 | João Gomes De Sousa |

DESCRITORES

Contra-ordenação ambiental > Privilégio contra a auto-incriminação > Pessoa colectiva > Análises químicas

SUMÁRIO

I - Se à arguida recorrente foi concessionada a prossecução de um interesse público na órbita de legislação que prossegue fins de protecção dos recursos hídricos, surgindo o registo de análises laboratoriais como elemento determinante de detecção do incumprimento da concessão, através da “Lei da Água”, Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, ela sujeita-se a deveres de acção e de omissão de condutas no âmbito da protecção dos recursos hídricos.

II - Ocorrendo descargas de efluentes e sendo a documentação essencial à condenação da arguida as análises laboratoriais a esses efluentes, isso não constitui violação do privilégio contra a auto-incriminação. Isto na medida em que estando a arguida obrigada à participação desses resultados laboratoriais na sequência das necessidades de auto-controlo e monitorização, o fornecimento do resultado dessas análises não revela qualquer dado relativo à privacidade de quem quer que seja, não havendo consulta de elementos sujeitos a qualquer segredo, ou violação de outros direitos.

Em suma, a obtenção de dados laboratoriais não viola o privilégio contra a auto-incriminação. Limita-se a transmitir factos, conforme decorre da jurisprudência Orkem do TJUE.

III - No acórdão Orkem o Tribunal veio a concluir que não ocorre violação do princípio as «questões que apenas se destinam a obter informações factuais sobre o funcionamento do sistema de troca de informações e de estatísticas». E, como resume Paulo Sousa Mendes, «a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma

decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa».

IV - O Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16.12.2002 adoptou a “jurisprudência Orkem”, parafraseando-a no considerando 23, como segue: “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”.

Sumariado pelo relator.

TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora:

A - Relatório

No recurso de contra-ordenação que correu termos no Tribunal Judicial de Santarém - Juízo de Competência Genérica do Entroncamento, J1 - com o número supra indicado, A - Associação de Gestão e Tratamento dos Lixos ..., NIPC --- foi condenada pela Inspeção Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território no pagamento da coima única no montante de € 74.000,00 (setenta e quatro mil euros) pela prática de:

A- Uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pela al. c), do n.º 3 do artigo 81.º do DL n.º 226-A/2007 de 31 de Maio, sancionável nos termos previstos na al. b) do n.º 4 do artigo 22 da Lei n.º 50/2006 de 29 de Agosto (26.000 € de coima);

B- Uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 22.º e al. f) do n.º 1 do artigo 26.º do DL n.º 147/2008 de 29 de julho, sancionável nos termos previstos na al. b), do n.º 4 do artigo 22.º da Lei n.º 50/2006 (24.000 € de coima);

C- Uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 36 e al. l) do n.º 1 do artigo 48.º do DL n.º 183/2009, de 10 de Agosto, sancionável, nos termos previstos na al. b), do n.º 4 do artigo 22.º da lei n.º 50/2006 de 29 de Agosto (26.000 € de coima);

*

Inconformada com a decisão proferida pela entidade administrativa impugnou judicialmente a decisão com vista à sua absolvição.

O recurso foi admitido e o tribunal recorrido decidiu julgar parcialmente procedente a impugnação judicial e, em consequência, decidiu revogar a decisão da Autoridade Administrativa que condenou a arguida/recorrente, A - Associação de Gestão e Tratamento dos Lixos... na coima única de 74.000,00 euros e a condenou, ao abrigo do disposto no artigo 19.º do RGCO ex vi artigo 27.º da LQCOA, na coima única de 35.000,00 euros (trinta e cinco mil euros).

**

De novo inconformado com uma tal decisão interpôs a arguida o presente recurso, com as seguintes conclusões (transcritas):

1. O presente recurso vem interposto da sentença proferida pelo Tribunal Judicial da Comarca de Santarém, Juízo de Competência Genérica do Entroncamento, Juiz 1, no âmbito do processo nº 488/19.6T9STR;
2. Que decidiu: «Revogar a decisão da Autoridade Administrativa que condena a Arguida/Recorrente, A - ASSOCIAÇÃO DE GESTÃO E TRATAMENTO DOS LIXOS..., na coima única de 74.000,00 euros e condena-se, a Arguida/Recorrente, ao abrigo do disposto no artigo 19º do RGCO ex vi artigo 27º da LQCOA, na coima única de 35.000,00 euros (trinta e cinco mil euros)»;
3. Crê a Recorrente que o tribunal a quo andou mal na fixação da matéria de facto, não tendo considerado factos como provados que poderiam afastar a responsabilidade contraordenacional da Recorrente e por isso não aplicou corretamente o direito;
4. A sentença recorrida enferma de várias nulidades, quer por falta de fundamentação, quer por omissão de pronúncia;
5. Concomitantemente, o processo contraordenacional consubstanciado no auto de notícia é nulo e, bem assim, a prova que o fundamentou é nula.
6. A sentença enferma de nulidade por falta de fundamentação nos termos do disposto no 379º, nº 1, al. a) do CPP, ex vi artigo 41º, nº 1 do RGCO, por violação do disposto no artigo 374º, nº 2 do CPP, porquanto:
7. A sentença enumera os factos dados como provados e faz uma enunciação de regimes legais eventualmente aplicáveis ao caso concreto, mas não subsume os factos às normas, sendo

impossível conhecer-se o modo e processo de formulação do juízo lógico que subjaz à decisão;

8. A sentença recorrida é nula por omissão de pronúncia nos termos do disposto no artigo 379º, nº 1, al. c) do CPP, ex vi artigo 41º, nº 1 do RGCO, porquanto:

9. Não se pronunciou sobre o facto de a prova produzida relativamente à contra-ordenação prevista no artigo 81º, nº 3, al. c) do Decreto-Lei 226-A/2007, ter sido recolhida numa fase em que o processo de tratamento do permeado ainda não estava terminado e como tal não foi o permeado com os valores do auto de notícia que entrou no curso de água;

10. Simultaneamente, não aceitou a produção de prova relevante, e essencial à descoberta da verdade material subjacente.

11. Pelo que não se provando a prática da contra-ordenação deve a Recorrente beneficiar do Princípio da Presunção de Inocência nos termos do artigo 32º, nº 1 da CRP;

12. Quanto à contra-ordenação prevista no artigo 22º do Decreto-Lei 147/2008, a arguida sempre apresentou a apólice que detém com a companhia de seguros AXA no valor global de €1.850.000,00, para comprovar a existência de garantia financeira obrigatória, que segundo a IGAMAOT não é a legalmente exigida;

13. Alegou a Recorrente em audiência e nas diversas fases processuais que a entidade administrativa nas várias inspeções que realizou sempre considerou a garantia como idónea e suficiente, nunca atuando por isso a Recorrente;

14. Assim a Recorrente encontra-se em erro sobre a ilicitude nos termos dos artigo 17º do CP e 12º da Lei 50/2006;

15. Já quanto à contra-ordenação prevista nos artigos 36º e 48º, nº 1, al. l) do Decreto-Lei 183/2009, ficou provado que a Recorrente atuou ao abrigo do direito de necessidade, tipo justificador previsto no artigo 34º do CP, na medida em que para salvaguardar o ambiente, vida e saúde humanas, transferiu para uma célula não licenciada, lixiviado;

16. Não constando da sentença qualquer pronúncia relativamente a estas circunstâncias, incorrendo a sentença em nulidade cominada no artigo 379º, nº 1, al. c) do CPP.

17. A sentença recorrida é nula por falta de fundamentação quanto à determinação da medida

concreta da coima por violação do disposto no artigo 374º, nº 2 e 375º, nº 1 do CPP, cominada nos termos do artigo 379º, nº 1, al. a) do CPP, ex vi artigo 41º, nº 1 do RGCO.

18. A prova recolhida que permitiu a condenação da Recorrente na prática da contra-ordenação prevista no artigo 81º, nº 3, al. c) do Decreto-Lei 226-A/2007 é nula por violação do Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Acusare;

19. Isto porque a Recorrente estava obrigada a cooperar com a entidade administrativa, fornecendo documentos, nomeadamente os relatórios de análises ao permeado, contribuindo para a sua autoincriminação;

20. A entidade administrativa tem garantias de exercício de poderes de fiscalização, nomeadamente colher amostras para análises laboratoriais e não usou dessa faculdade, instrumentalizando o dever de cooperação que impedia sobre a Recorrente, coagindo-a a autoincriminar-se.

21. A entidade administrativa poderia e devia, nos termos do artigo 93º, nº 3 da Lei 58/2005, 79º do Decreto-Lei 226-A/2007 e bem assim do artigo 4º e 16º do Decreto-Lei 276/2007, colher as amostras que pretendesse, mas não, obrigou a Recorrente a autoincriminar-se;

22. Esta prova é nula nos termos do artigo 61º, nº 1, al. d), 125º e 126º, nº 2, al. a), todos do CPP.

23. A IGAMAOT tem competência inspetiva nos termos do disposto no artigo 2º do Decreto-Lei 23/2012, sendo-lhe aplicável o Regime Jurídico da Atividade De Inspeção da Administração Direta e Indireta do Estado aprovado pelo Decreto-Lei 276/2006;

24. Sendo que nos termos do artigo 9º, o seu regulamento de inspeção deve ser aprovado pelo membro do governo responsável pelo serviço de inspeção;

25. Tendo essa regulamentação sido aprovada pelo Despacho 15171/2012 da então Sr.ª Ministra Assunção Cristas, que estabelecia no artigo 18º que o Inspetor Geral da IGAMAOT deveria comunicar à entidade visada, com três dias úteis de antecedência, da realização da inspeção, o que não sucedeu, em clara violação das fases obrigatórias do procedimento administrativo;

26. Esta obrigação viria a ser reforçada pelo Despacho 10466/2017 do Sr. Ministro Eduardo Cabrita,

27. Incumprido que foi este formalismo é a inspeção nula nos termos do artigo 120º, nº 2, al. d) do CPP, ex vi artigo 41º, nº 1 do RGCO, gerando a nulidade dos atos subsequentes nos termos do disposto no artigo 122º do CPP, ex via artigo 41º, nº 1 do RGCO;

28. Por outro lado, o tribunal a quo, faz uma errada aplicação do direito, porquanto:

29. A contra-ordenação prevista no artigo 81º, nº 3, al. c) do Decreto-Lei 226-A/2007 não pode ser imputada à Recorrente na medida em que a prova é nula nos termos já mencionados e, bem assim, porque a prova que a sustenta não prova a prática da contra-ordenação, prova somente, que em determinada fase do processo de tratamento (ou seja, antes de o mesmo estar completo) o permeado tinha valores acima da licença, mas não foi esse permeado com esses valores que entrou no curso de água, pelo que não foi praticada uma contra-ordenação;

30. Não obstante não se verificarem os elementos objetivos do tipo, é certo que a Recorrente não atuou com negligência, consciente ou inconsciente, já que cumpriu as determinações legais a que estava obrigada pela lei e pela licença de utilização dos recursos hídricos;

31. Quanto à contra-ordenação prevista nos artigos 22º e 26º, nº 1, al. f) do Decreto-Lei 147/2008, a Recorrente é punida por falta de garantia financeira obrigatória, mas tal não é verdade;

32. A Recorrente detém apólice de seguros com a companhia AXA, no valor global de 1.850.000,00 euros, sendo que €1.350.000,00 são exclusivos para cobertura de uso e armazenamento de matérias perigosas, tendo provado a existência da garantia na fase administrativa do processo;

33. Pelo que não se verificam os elementos objetivos do tipo;

34. Idealizando que a garantia não é a exigida pela Lei, sempre se dirá que a Recorrente está em erro sobre a ilicitude nos termos do artigo 17º do CP, ex vi artigo 32º do RGCO;

35. Isto porque, a IGAMAOT em diversas inspeções solicitou a apresentação de garantia à Recorrente e esta apresentou a referida apólice, tendo a entidade administrativa considerado a mesma idónea e suficiente, nunca autuou a Recorrente;

36. Pelo que o erro sobre a ilicitude não é censurável;

37. Quanto à contra-ordenação prevista no artigo 36º e 48º, nº 1, al. l) do Decreto-Lei 183/2009, a

Recorrente foi punida por ter depositado em célula não licenciada, lixiviado;

38. Estão preenchidos os elementos objetivos do tipo, mas a Recorrente atuou em Direito de Necessidade nos termos do artigo 34º do CP, ex vi artigo 32º do RGCO;

39. Ou seja, as lagoas de retenção do lixiviado estavam perto de verter, por circunstância alheias à vontade da Recorrente, o que criaria danos ambientais graves;

40. Com o intuito de salvaguardar o ambiente, vida e saúde humanas, a Recorrente decidiu transferir uma parte do lixiviado para essa célula vazia e não licenciada;

41. A célula não licenciada tem as mesmas condições técnicas que as que estão licenciadas para receber lixiviado;

42. Para salvaguarda de interesses e direitos sensivelmente superiores, transferiu lixiviado para a referida célula não licenciada, mas diga-se novamente, apta tecnicamente a receber o lixiviado;

43. Evitou desta forma um desastre ambiental;

44. Andou mal o tribunal recorrido, no geral e, concretamente quanto à aplicação do direito.

Nestes termos e nos mais em Direito admitidos, requer-se a V.^a Ex.^a que julgue procedente o presente recurso e, em consequência, revogue a decisão proferida pelo tribunal a quo, substituindo-a por outra que absolva a Recorrente das imputações contraordenacionais em causa.

Requer-se que o presente recurso seja instruído com todo o processo de contra-ordenação em fase administrativa e as gravações da audiência de julgamento.

*

A Digna Procuradora Adjunta respondeu ao recurso, defendendo a sua improcedência, sem conclusões.

Nesta Relação o Exm^o Procurador-geral Adjunto emitiu parecer concordante.

Foi observado o disposto no nº 2 do artigo 417º do Código de Processo Penal.

*

B.1 - Fundamentação:

B.1.1 - Estão provados os seguintes factos:

1-No dia 5 de Maio de 2014, pelas 10h45m, foi efetuada uma acção inspectiva por parte da inspeção geral, da qual resultou a elaboração do auto de notícia n.º 175/2014 e relatório de inspeção n.º 581/2014.

2-A referida ação inspectiva teve lugar nas instalações da Arguida, “A – Associação de Gestão e Tratamento dos Lixos ...”, (Aterro Sanitário de ...), sito em Ecoparque..., pertencente a A. – Associação de Gestão e Tratamento dos Lixos ..., com sede em Rua ...

3-O aterro A – Associação de Gestão e Tratamento dos Lixos..., encontrava-se em funcionamento à data e hora da inspeção em 5 de Maio de 2014, pelas 10h45m.

4-A actividade desenvolvida no aterro como actividade económica principal tem o CAE-R3 38212, tratamento e eliminação de outros resíduos não perigosos, categoria PCIP5.4, do anexo 1 do DL n.º 173/2008 de 26 de Agosto, revogado pelo DL n.º 137/2013, de 30 de Agosto, REI - Regime da Emissões Industriais, com uma capacidade instalada de 2248636 m³ ou 2473500 toneladas e uma área total de 161473 m², conforme refere a Licença Ambiental, LA n.º 81/0.1/2014, emitida a 31 de Janeiro de 2014, pela Agência Portuguesa do Ambiente.

5-Resultam da actividade de tratamento e eliminação de outros resíduos não perigosos, depositados em aterro, a produção de lixiviado (águas residuais muito contaminadas) que são encaminhadas através de um sistema de drenagem e bombagem para a estação de tratamento de águas residuais (ETAL), existente no aterro, onde são tratadas, resultando desse tratamento, permeado e concentrado.

6-O concentrado é armazenado em três tanques e sempre que necessário é injectado na massa de resíduos do aterro, operação autorizada.

7-O permeado é descarregado na margem direita da Ribeira das Fontainhas. Para esse efeito a A... é detentora da Licença de Utilização de Recursos Hídricos para Rejeição de Águas Residuais, emitida nos termos do DL n.º 226-A/2007, de 31 de maio, pela entidade licenciadora ARH do Tejo, IP em 19 de Agosto de 2011 com o n.º 2011.002102.000T.L.RJ.DAR, anexa à Licença Ambiental.

8-A Licença de utilização de domínio hídrico, impõe que as condições de descarga do efluente final em condições normais de funcionamento sejam as que se encontram no quadro do Anexo T01 (condições de descarga), onde se encontram os parâmetros a analisar e os valores limite de

emissão de acordo com o anexo XVIII do DL n.º 236/1998 de 1 de Agosto.

9-Neste quadro está definido o valor limite de emissão (VLE) entre outros, para os parâmetros Azoto, Amoniacal (10mg/l NH₄), Azoto Total (15 mg/lN) e Ferro Total (2mg/lFe).

10-Analisados os resultados relativos ao programa de monitorização do ano de 2013, verifica-se que para o parâmetro Azoto Amoniacal o VLE é ultrapassado no mês de fevereiro com um valor de 12mg/l e nos meses de maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro, respetivamente com valores de 39, 54, 38, 31, 39 e 21mg/l. Todos estes valores ultrapassam o VLE em mais do dobro.

11-Também para o parâmetro Azoto Total o VLE é ultrapassado nos meses de julho, agosto e outubro respetivamente com valores de 53, 41mg/l. Todos estes valores ultrapassam o VLE em mais do dobro.

12-Finalmente o VLE, para o parâmetro Ferro Total, também é ultrapassado no mês de abril, com um valor de 12mg/l, valor muito superior ao dobro do VLE.

13-Verificando-se assim, um incumprimento ao disposto na Licença de Utilização de domínio Hídrico.

14-Sendo a atividade desenvolvida no aterro abrangida pelo REI – Regime das Emissões Industriais e ao exercer uma das atividades ocupacionais enumeradas no anexo III, do DL n.º 147/2008 de 29 de Julho, estão os responsáveis do aterro obrigados à constituição de uma garantia financeira obrigatória, tal como dispõe o citado diploma no seu artigo 22.º que poderá constituir-se através da subscrição de apólice de seguro, da obtenção de garantias bancárias, da participação em fundos ambientais ou da constituição de fundos próprios reservados para o efeito (Seguro de Responsabilidade Ambiental).

15-Não foi feita prova da existência da constituição dessa garantia, em nenhuma das modalidades.

16-Também o operador ao exercer uma actividade que se enquadra no disposto na al. c) do artigo 48.º do DL n.º 178/2006 de 5 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 73/2011 de 17 de Junho encontra-se obrigado à inscrição e registo de dados, relativos à produção de resíduos no Sistema Integrado de Registo Electrónico de Resíduos (SIRER), com carácter anual, na plataforma electrónica do SILIAmb, da Agência Portuguesa do Ambiente.

17-Da consulta efetuada à plataforma electrónica, verificou-se que o operador submeteu em 2 de junho de 2014, ou seja, fora do prazo estipulado para o efeito, o formulário do MIRR, a que se encontra obrigado, com o registo de informação, relativa ao ano de 2013, o formulário B- Ficha sobre a produção resíduos, cujo prazo terminou a 1 de Abril de 2014.

18-No entanto, o operador no dia 31/03/2014, reportou à Agência Portuguesa do Ambiente, uma falha no sistema, tendo esta aberto o sistema para o operador proceder ao preenchimento e submissão do MIRR de 2013, entre os dias 27-5-2014 e 2-6-2014, tendo o mesmo submetido o MIRR em 26-6-2014.

19-Os lixiviados provenientes das células do aterro são encaminhados para a ETAL constituída por 3 lagos de retenção, que possuem um sistema de impermeabilização idêntico ao dos alvéolos do aterro, com uma capacidade total de armazenamento de 6.500m³, prévias ao tratamento por osmose inversa.

20-No decurso da inspeção verificou-se ainda existir uma elevada quantidade de lixiviado armazenado nessas lagoas, encontrando-se as mesmas no limite da sua capacidade de armazenamento, por incapacidade de tratamento da ETAL, motivo pelo qual o administrador Delegado do Aterro, informou ter efetuado a trasfega de parte desse lixiviado para a célula 2 do alvéolo 4 do aterro, que à data desta inspeção não se encontrava licenciada e que se constatou no local, conter uma quantidade muito significativa de lixiviado, sem contudo ter sido possível estimar o seu volume.

21-Não foi evidenciado pela A... ter comunicado previamente à entidade licenciadora, com uma antecedência mínima de 10 dias, qualquer tipo de informação fundamentada quanto à necessidade de depositar temporariamente na célula acima referenciada, o lixiviado.

22-Posteriormente a esta inspeção a CCDR-LVT, enquanto entidade licenciadora, informou a IGAMAOT em 1 de agosto de 2014 que a exploração da célula 2 do alvéolo 4, foi autorizada com a emissão do Alvará de Licença n.º 039/2014, em 18 de junho de 2014, para a deposição em aterro de resíduos, com exceção do lixiviado.

23-A Arguida tem a seu cargo 298 trabalhadores.

24-A Arguida tem um orçamento de despesa mensal de um milhão de euros.

25-Cerca de 40% do orçamento é para salários dos empregados.

26-Em 2014 teve um orçamento positivo de 50.000,00 euros.

*

B.1.2 - Não existem factos não provados.

*

B.1.3 - Motivação factual do tribunal recorrido:

«O Tribunal formou a sua convicção com base no auto de notícia e na decisão administrativa, conjugada com as regras da experiência.

Por outro lado, a determinação da matéria de facto dada como provada e resultou da conjugação e análise crítica da prova produzida em audiência de discussão e julgamento e da prova documental constante dos autos.

O tribunal atendeu ainda ao depoimento do Senhor Inspector AF, que procedeu à elaboração do auto de notícia e bem assim, que procedeu à realização da acção inspectiva.

Assim, assumiu especial relevância o depoimento de AF, inspector a exercer funções no IGAMAOT, o qual de forma objectiva, clara, verdadeira e pormenorizada, explicou ao tribunal, como decorreu a actividade inspectiva e quais as infracções que foram detectadas.

O Inspector, confirmou ainda o teor do auto de notícia, explicando com base em que factos tal auto foi lavrado, designadamente explicou que os valores VLE, ultrapassaram os limites e que solicitou a apresentação da garantia financeira então lhe foi apresentada.

Adiantou ainda, que todos os operadores são obrigados a efetuar o registo electrónico e a preencher um formulário, sendo que essa plataforma foi consultada e a A...não tinha feito o registo. No mais, confirmou que havia excesso de lixiviado/concentrado nas lagoas e a Arguida estava a fazer trasfega para a célula n.º 2, sem estar devidamente licenciada.

DD, Diretor Geral da Arguida, esclareceu os aspectos relacionados com o concentrado/lixiviado, adiantando que, quando chove muito as lagoas têm mais concentrado e como tinham uma lagoa disponível fizeram a trasfega para outra célula.

Explicou ainda que, caso não tivessem atuado desta forma, isto é feito a trasfega, os danos teriam sido muitos superiores.

Ora, não nos mereceu acolhimento a versão aqui trazida pela Arguida, pois desde logo, tal mostra-se incoerente e ilógico.

Vejam os valores apresentados, referem-se tanto a meses em que por norma existe uma maior pluviosidade, como em meses em que a pluviosidade é menor como é o caso que se verifica para o parâmetro Azoto Amóniacal, o VLE é ultrapassado no mês de fevereiro com um valor de 12mg/l e nos meses de maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro, respetivamente com valores de 39, 54, 38, 39 e 21mg/l.

Ademais, a apólice referente ao Seguro de Responsabilidade Civil Ambiental, tal como referido pelo Diretor Geral da Arguida teve o seu início em 6-5-2014, ou seja, um dia após a inspeção realizada nestes autos.

Por outro lado, a Arguida sabia que não estava autorizada a utilizar o alvéolo para os fins em que o fez.

Aliás, a este respeito temos que a Arguida apenas tinha licença para a deposição em aterro de resíduos, com excepção do lixiviado.»

Cumprir decidir

O objecto do recurso penal é delimitado pelas conclusões da respectiva motivação – 412º, n.º 1, do Código de Processo Penal - de acordo com a jurisprudência fixada pelo Acórdão do Plenário das secções do STJ de 19/10/95 in D.R., I-A de 28/12/95, aplicável ao processo contra-ordenacional.

Por outro lado, nos termos do art. 75º nº 1 do DL nº 433/82, de 27/10, nos processos de contra-ordenação a segunda instância apenas conhece da matéria de direito, não cabendo recurso das suas decisões. Razão pela qual o pedido do recorrente para a junção do processo administrativo – sendo inútil – não foi considerado, o mesmo ocorrendo quanto às gravações da audiência de julgamento.

Das conclusões de recurso, devidamente transcritas, resulta que a recorrente pretende discutir as seguintes questões:

- a) - a nulidade da sentença por falta de fundamentação – conclusões 6 e 7; 28 a 30; 31 a 36; e 37 a 43;
- a contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pela al. c), do nº 3 do artigo 81.º do DL n.º 226-A/2007 de 31 de Maio;

- a contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 22.º e al. f) do n.º 1 do artigo 26.º do DL n.º 147/2008 de 29 de julho;
- a contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 36 e al. l) do n.º 1 do artigo 48.º do DL n.º 183/2009, de 10 de Agosto;
- b) - a nulidade da sentença por omissão de pronúncia – conclusões 8 a 11;
- c) - o erro sobre a ilicitude – conclusões 12 a 14;
- d) - o direito de necessidade (e omissão de pronúncia) – conclusões 15 e 16;
- e) - a nulidade da sentença por falta de fundamentação quanto à medida das coimas – conclusão 17;
- f) - o privilégio contra a auto-incriminação (que designa como nemo tenetur) – conclusões 18 a 22;
- g) - a nulidade de sentença por preterição de formalidade essencial (comunicação prévia) – conclusões 23 a 27.

Seguiremos, para não gerar confusão, a sistemática proposta pela recorrente.

Vistos os factos provados detecta-se um lapso na indicação da legislação de suporte no facto provado 8, pois que o diploma se não trata do Dec-Lei nº 336/1998, de 03-11, sim do Dec-Lei nº 236/1998, de 1 de Agosto, constante do DR nº 176, sendo relevante o Anexo XVIII a fls. 3717-3718.

*

B.2 - A nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Esta razão de inconformidade assenta na consideração de que não houve subsunção dos factos às normas aplicáveis, estando subentendido que a decisão não discorre sobre a análise dos tipos penais em função dos factos provados.

É uma crítica que se entende mas que se não justifica seja qualificada como nulidade por não existir uma completa ausência de fundamentação, não obstante se reconhecer que o estilo de análise pode dar a aparência de demasiada teorização e poder ser criticado por não fazer uma mais próxima análise dos tipos contra-ordenacionais, o que será suprido por este tribunal.

Recordemos que a recorrente foi condenada pela Inspeção Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território no pagamento da coima única no montante de € 74.000,00 (setenta e quatro mil euros) pela prática de:

A- Uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pela al. c), do nº 3 do artigo 81.º do DL n.º 226-A/2007 de 31 de Maio, sancionável nos termos previstos na al. b) do n.º 4 do artigo 22 da Lei n.º 50/2006 de 29 de Agosto (26.000 € de coima);

B- Uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 22.º e al. f) do n.º 1 do artigo 26.º do DL n.º 147/2008 de 29 de julho, sancionável nos termos previstos na al. b), do n.º 4 do artigo 22.º da Lei n.º 50/2006 (24.000 € de coima);

C- Uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 36 e al. l) do n.º 1 do artigo 48.º do DL n.º 183/2009, de 10 de Agosto, sancionável, nos termos previstos na al. b), do n.º 4 do artigo 22.º da lei n.º 50/2006 de 29 de Agosto (26.000 € de coima).

Tal decisão administrativa determinou o arquivamento dos autos quanto à prática de uma contra-ordenação ambiental leve, p. e p. pelos arts. 49º-B e 67º, nº 3, al. g) do Dec-Lei nº 178/2006, de 05-09 (falta de preenchimento do MIRR, Mapa Integrado de Resíduos).

O tribunal manteve tais condenações, reduzindo duas das penas ao mínimo legal.

Analisemos em sequência.

*

B.2.1 - A contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pela al. c), do nº 3 do artigo 81.º do DL n.º 226-A/2007 de 31 de Maio.

Dispõe o Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio no seu artigo 81º, nº 3, al. c) que constitui contra-ordenação ambiental muito grave o “incumprimento das obrigações impostas pelo respectivo título”.

As perguntas óbvias que imediatamente se colocam são: qual a obrigação imposta pelo título? Qual a forma do seu incumprimento?

Sobre este ponto discorreu o tribunal recorrido da seguinte forma: «Prevê o artigo 81.º n.º 3, al. c) do DL n.º 226- A/2007 de 31 de Maio que “ (...) 3 - Constitui contra-ordenação ambiental muito grave. c) O incumprimento das obrigações impostas pelo respectivo título; (...)». E por aqui se ficou!

Ao ler a decisão administrativa - fls. 16 a 18, 198 vº a 199 vº - constatamos que é imputada à recorrente uma descarga de efluentes com valores acima do normal, sendo que o “incumprimento” de que fala a norma seria a violação das “condições de descarga do efluente final”, concretizando-se no excesso de Azoto Amoniacal nos meses de Maio, Julho, Agosto,

Setembro, Outubro e Novembro e no excesso de Ferro Total no mês de Abril.

E isso - as duas condições, a obrigação e o incumprimento - consta como provado de 8) a 12).

É claro que esta conclusão supõe um raciocínio que inclui uma presunção: que as descargas efectuadas continham os indicados valores não por observação ou prova directa, sim presumindo que a descarga ocorreu com os valores que constavam dos registos.

Mas nada obsta à operatividade de tal presunção já que os registos existem para que ela possa ser feita e os registos estavam na disponibilidade da recorrente, no sentido de lhe ser fácil perceber qualquer erro analítico, designadamente de controlo de locais de colheita.

E nada impedia que a recorrente - apercebendo-se de que a base laboratorial de tais registos estava errada por deficiente captação - tivesse intervenção nesse processo corrigindo ou denunciando o erro em devido tempo. A invocação pela recorrente de erro laboratorial na colheita de amostras não foi provada já que a mesma não apresentou prova capaz, incluindo a possibilidade de inquirição de testemunha do laboratório que tivesse realizado captações ou feito (ou requerido) a junção de guidelines laboratoriais.

Mas outra presunção reforça a anteriormente referida e ela resulta da simples análise dos factos provados 5) a 8).

Neles afirma-se:

5 - Resultam da actividade de tratamento e eliminação de outros resíduos não perigosos, depositados em aterro, a **produção de lixiviado** (águas residuais muito contaminadas) **que são encaminhadas através de um sistema de drenagem e bombagem para a estação de tratamento de águas residuais (ETAL)**, existente no aterro, onde são tratadas, **resultando desse tratamento, permeado e concentrado.**

6 - **O concentrado é armazenado** em três tanques e sempre que necessário é injectado na massa de resíduos do aterro, operação autorizada.

7 - O permeado é descarregado na margem direita da Ribeira das Fontainhas. Para esse efeito a A... é detentora da Licença de Utilização de Recursos Hídricos para Rejeição de Águas Residuais, emitida nos termos do DL n.º 226-A/2007, de 31 de maio, pela entidade licenciadora ARH do Tejo,

IP em 19 de Agosto de 2011 com o n.º 2011.002102.000T.L.RJ.DAR, anexa à Licença Ambiental.

8 - A Licença de utilização de domínio hídrico, impõe que **as condições de descarga do efluente final em condições normais de funcionamento** sejam as que se encontram no quadro do Anexo T01 (condições de descarga), onde se encontram os parâmetros a analisar e os valores limite de emissão de acordo com o anexo XVIII do DL n.º 236/1998 de 1 de Agosto.

Ou seja, a partir do **lixiviado** resultam o **permeado** e o **concentrado**, este armazenado, sendo o permeado descarregado na margem da ribeira. E os parâmetros a analisar para apurar dos valores de emissão realizam-se no efluente final, sendo inviável que haja um retorno no processo. Ou seja, analisa-se quando o efluente vai ser descarregado na margem da ribeira.

Parece, pois, ser evidente que não se prova em concreto que houve dano observado, testemunhado, ficando a conduta ilícita imputada a dever-se à operatividade de duas presunções factuais que confirmam pelo local da realização das análises e o resultado dos exames executados que o efluente foi descarregado na ribeira com excesso nos valores indicados nos factos 9) a 12).

E isto é, desde logo, constatado no auto de notícia, nas suas folhas 2 e 3, correspondentes a fls. 4 vº e 5 destes autos, quer quando afirma que o excesso foi verificado nas “condições de descarga do efluente”, quer quando afirma que “os lixiviados provenientes das células do aterro são encaminhados para a ETAL constituída por 3 lagoas de retenção (...) prévias ao tratamento por osmose inversa” (fls. 5 dos autos).

Ou seja, a verificação dos parâmetros máximos permitidos na descarga do efluente na ribeira é posterior à osmose inversa.

Ultrapassar estas conclusões de facto imporia à recorrente a prova de uma anormalidade no local de captação das amostras laboratoriais, algo não conseguido.

É, pois, matéria de facto fixada. E o preenchimento do tipo contra-ordenacional cumpriu-se.

*

B.2.2 - A contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 22.º e al. f) do n.º 1 do artigo 26.º do DL n.º 147/2008 de 29 de julho.

O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho – com os fundamentos e objectivos que constam do seu preâmbulo, incluindo o desconchavo “Estado de direito ambiental” - veio a estatuir,

acertadamente, no seu artigo 22.º, sob a epígrafe «Garantia financeira obrigatória» que (1) “os operadores que exerçam as actividades ocupacionais enumeradas (...) constituem obrigatoriamente uma ou mais garantias financeiras próprias e autónomas, alternativas ou complementares entre si, que lhes permitam assumir a responsabilidade ambiental inerente à actividade por si desenvolvida”, através de (2) “subscrição de apólices de seguro, da obtenção de garantias bancárias, da participação em fundos ambientais ou da constituição de fundos próprios reservados para o efeito”, obedecendo ao princípio da exclusividade (3).

A inexistência de uma das modalidades de garantias tal como previsto no nº 2 do preceito, com natureza de exclusividade é patente no documento nº 6 (fls. 118-121) que a recorrente juntou para fazer prova da existência do seguro exigível. Tal documento apenas prova que a recorrente tinha, desde 2009, um seguro de responsabilidade civil (RC Empresas) com a cobertura constante da condição especial 60 que claramente não prevê a cobertura exigida por lei.

A simples leitura do documento apresentado como prova evidencia a natureza do seguro - responsabilidade civil empresarial - e, por isso, a demonstração de inexistência de uma das modalidades de garantia exigidas por lei.

Tal inexistência, nos termos da previsão do artigo 26.º, nº 1, al. f) do diploma constitui contra - ordenação ambiental muito grave.

*

B.2.3 - Por fim foi a recorrente condenada pela prática de uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 36 e al. I) do n.º 1 do artigo 48.º do DL n.º 183/2009, de 10 de Agosto.

O Decreto-Lei n.º 183/2009, de 10 de Agosto, estabelece no seu artigo 36.º - sob a epígrafe admissão excepcional de resíduos - que “a admissão em aterro de resíduo não abrangido pelo respectivo alvará de licença para a operação de deposição de resíduos em aterro pode ser excepcionalmente autorizada pela entidade licenciadora, na sequência de pedido fundamentado apresentado pelo operador”.

Esta é uma norma de previsão secundária já que o tipo contra-ordenacional que cumpre parte da exigência de legalidade das normas sancionatórias - e que baseou a condenação da recorrente - está prevista no artigo 48.º, nº 1, al. I) do mesmo diploma que estabelece de forma clara que “constitui contra-ordenação ambiental muito grave, nos termos da lei-quadro das contra-ordenações ambientais, aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, (...) a deposição em

aterro de resíduos não abrangidos pelo alvará de licença sem autorização, em violação disposto no artigo 36.º.”

Ora, isto é que nos parece claramente não corresponder aos factos provados.

A argumentação da entidade administrativa é simples: a arguida não estava autorizada a usar o alvéolo 4 da célula 2. Reproduzindo o ali dito (decisão administrativa a fls. 24) “a arguida era responsável (...) uma vez que procedia à deposição de lixo no alvéolo 4 da célula 2, sem estar autorizada para tal”.

A “argumentação” do tribunal recorrido ainda é mais simples, reproduz a al. l) citada sem a analisar.

Então em que ficamos? A arguida foi condenada por usar um alvéolo não autorizado com resíduos não abrangidos pelo alvará de licença ou foi condenada por usar um alvéolo com resíduos abrangidos, previstos, pelo alvará?

Parece-nos ser evidente que a recorrente foi condenada pela segunda hipótese. Usou resíduos que o alvará previa que usasse e já estavam depositados no aterro. Não eram resíduos diferentes, diversos, dos previstos no alvará! E foi punida por não ter licença num local licenciado.

O que a norma pune não é isso! A norma pune a introdução no aterro de material estranho, diverso do licenciado, “a deposição em aterro de resíduos não abrangidos pelo alvará de licença sem autorização”. Ou seja, a entidade administrativa puniu a arguida por esta ter colocado os resíduos que estava autorizada a tratar num local que não se mostrava licenciado – ao que parece – para tal fim.

Isto nem sequer é interpretação extensiva de uma norma que prevê um tipo sancionatório contra-ordenacional. Isto é a criação de uma punição ex nihilo! E, sabe-se, ex nihilo nihil (do nada nada vem!)

Em breve, e quanto à necessidade de observância do princípio da legalidade no sentido de que a punição exige lei prévia e certa, haverá que absolver a recorrente arguida da imputação da prática de uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 36 e al. l) do n.º 1 do artigo 48.º do DL n.º 183/2009, de 10 de Agosto, sancionável, nos termos previstos na al. b), do n.º 4 do artigo 22.º da lei n.º 50/2006 de 29 de Agosto.

Coisa diversa, mas já sem interesse prático, seria o saber da justificação da existência do dito alvéolo 4 da célula 2.

*

B.3 - A nulidade da sentença por omissão de pronúncia.

Este fundamento de desacordo tem por base a ideia de que a decisão é nula por omissão de pronúncia porquanto “não se pronunciou sobre o facto de a prova produzida relativamente à contra-ordenação prevista no artigo 81º, nº 3, al. c) do Decreto-Lei 226-A/2007, ter sido recolhida numa fase em que o processo de tratamento do permeado ainda não estava terminado e como tal não foi o permeado com os valores do auto de notícia que entrou no curso de água” e, também, porque “não aceitou a produção de prova relevante, e essencial à descoberta da verdade material subjacente”, indicada pela recorrente.

Este segundo ponto não corresponde ao ocorrido pois que o tribunal fundamentou de forma admissível a não aceitação de prova documental por tal prova se referir a análises realizadas em 2019 quando os factos imputados são de 2014.

E quanto ao primeiro ponto ele foi já tratado supra em B.2.1.

E assim sendo os factos assentes, como dito no ponto indicado, apesar de baseados em duas presunções e em análises laboratoriais não foram inquinados pela oposição da arguida nem a prova por si indicada corroboraria o facto por si pretendido, que a recolha de colheitas para análise não corresponde ao procedimento terminus do tratamento.

*

B.4 - O erro sobre a ilicitude.

A insatisfação da recorrente neste ponto assenta na ideia de que “sempre apresentou a apólice que detém com a companhia de seguros AXA no valor global de € 1.850.000,00, para comprovar a existência de garantia financeira obrigatória” e que “a entidade administrativa nas várias inspeções que realizou sempre considerou a garantia como idónea e suficiente, nunca atuando por isso a Recorrente”, o que ocasiona “erro sobre a ilicitude nos termos dos artigo 17º do CP e 12º da Lei 50/2006”.

Quer-nos parecer que a recorrente assenta o seu argumentário em facto não provado, que a entidade inspectiva considerou tal seguro como o correcto em anteriores inspeções.

Para além disso, mesmo que assente tal facto, daí não decorreria a existência de um erro sobre a ilicitude, sim na causação de um erro na actividade inspectiva da entidade administrativa, erro

esse causado pela arguida e do qual ela não se pode aproveitar.

O que é certo e seguro é que o documento 6 não poderia, manifestamente, induzir em erro qualquer inspecção minimamente atenta dada a sua manifesta inadequação para cumprir a exigência legal.

Não há, portanto, erro sobre a ilicitude.

*

B.5 - O direito de necessidade (e omissão de pronúncia).

Invoca a recorrente com base nas suas conclusões 15) e 16) que relativamente à contra-ordenação prevista nos artigos 36º e 48º, nº 1, al. l) do Decreto-Lei 183/2009, “ficou provado que a Recorrente atuou ao abrigo do direito de necessidade, tipo justificador previsto no artigo 34º do CP, na medida em que para salvaguardar o ambiente, vida e saúde humanas, transferiu para uma célula não licenciada, lixiviado ... não constando da sentença qualquer pronúncia relativamente a estas circunstâncias, incorrendo a sentença em nulidade cominada no artigo 379º, nº 1, al. c) do Código de Processo Penal”.

E, de facto, os factos provados 19) a 21) claramente indiciam uma situação de facto – a substância e não o mero formalismo do licenciamento de um alvéolo – de urgência e de risco de causação de um mal maior que justificariam claramente um estado de necessidade na actuação da arguida.

No entanto, dada a absolvição quanto a esta contra-ordenação, a questão fica prejudicada.

*

B.6 - A nulidade da sentença por falta de fundamentação quanto à medida das coimas.

Neste ponto parece existir uma certa indefinição que se inicia, desde logo, na medida das coimas, que agora se reduzem a duas e essa é matéria que convém ficar clara.

Os factos apurados revelam alguma aridez designadamente quanto ao enquadramento da actividade da arguida e às suas condições de laboração, assim como quanto ao benefício económico e outros factos que permitam dosear a pena a aplicar. Mas quanto a estes, os factos que se mostram provados sob 23) a 26) – apesar da minguagem – bastam para tal desiderato.

Relativamente ao “benefício económico” a entidade administrativa preocupou-se com a sua fundamentação limitando-se, no entanto, no seu ponto 4 a argumentar em abstracto e com pouco sucesso.

Aqui, no entanto, o tribunal recorrido foi claro na afirmação de inexistência de prova desse benefício económico, pelo que a questão deixa de fazer sentido. Daqui deveria ter resultado a inserção nos factos não provados da menção a esse facto não provado, o que se fará.

Naturalmente que, para ambas as coimas e porquanto ambas as contra-ordenações são muito graves, rege a Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, a Lei-quadro das Contra-ordenações Ambientais (LQCOA), que no seu artigo 22º, nº 4, al. b) à data da prática dos factos - 2014 - tinha a seguinte redacção: «Às contra-ordenações muito graves correspondem as seguintes coimas: b) Se praticadas por pessoas colectivas, de (euro) 38 500 a (euro) 70 000 em caso de negligência e de (euro) 200 000 a (euro) 2 500 000 em caso de dolo». Esta era a redacção dada ao preceito pela Lei n.º 89/2009, de 31 de Agosto.

Sendo as decisões condenatórias de Novembro de 2018 (administrativa) e de 04 de Outubro de 2019 (judicial), a redacção do preceito havia sido alterada pela Lei n.º 114/2015, de 28 de Agosto que deu a seguinte composição à norma: «4 - Às contra-ordenações muito graves correspondem as seguintes coimas: (...) b) Se praticadas por pessoas coletivas, **de (euro) 24 000 a (euro) 144 000 em caso de negligência** e de (euro) 240 000 a (euro) 5 000 000 em caso de dolo».

Ambas as decisões fizeram - bem - aplicação da norma ora vigente, preterindo a redacção vigente à data da prática dos factos, dando assim cumprimento ao disposto no artigo 3º, ns. 1 e 2 do RGCO, não obstante não o terem referido expressamente, como seria aconselhável.

Temos, pois, uma moldura contra-ordenacional abstracta para cada uma das coimas de (euro) 24 000 a (euro) 144 000.

A entidade administrativa fixou as sanções parcelares no mínimo (uma) ou próximo do mínimo abstracto e o tribunal recorrido reduziu as outras duas concretas sanções pelas contra-ordenações ao mínimo legal considerando - e bem - a inexistência de prova de benefício económico. Assente o preenchimento de um tipo sancionatório há-de aceitar-se que a fundamentação da medida da pena fixada no mínimo não exigirá um tratado. Menos não seria possível.

Os critérios usados pelo tribunal e pela entidade administrativa, grau de ilicitude, culpa, ausência de benefício económico e - acrescentamos nós - os factos provados de 23) a 26) que mais permitiriam - são adequados e, desta forma, entende-se que a fixação do mínimo parcelar de coima é ajustado, pelo que se mantém.

Haverá, pois, que proceder ao cúmulo das duas coimas concretas de 24.000 €, aqui se seguindo os preceitos referidos por ambas as decisões, o artigo 19.º DL n.º 433/82, de 27 de Outubro e o artigo 27.º Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, cujas redacções são iguais, o que só demonstra que o último preceito citado – o artigo 27º da LQCOA – é uma redundância escusada.

A moldura abstracta desse concurso de duas contra-ordenações vai, assim, de um mínimo de 24.000 € a um máximo de 48.000 €. As operações trabalhadas pela entidade administrativa (76.000 €) e pelo tribunal recorrido (72.000 €) estavam correctas, considerando as sanções concretas que aplicaram.

Menos correcta estava a indicação de um valor de 288.000 € apontada no ponto **e).2** da decisão administrativa, o que se ficou a dever a lapso na interpretação do nº 2 do artigo 27º da LQCOA quando este preceito refere que «a coima a aplicar não pode exceder **o dobro do limite máximo mais elevado** das contraordenações em concurso».

O lapso está na **soma dos limites máximos de todas as coimas**, de todas as contra-ordenações em concurso, elevadas ao dobro. A coima concreta nunca poderia exceder os 72 ou 76 mil euros, pelo que o máximo concreto de 288.000 nunca seria aplicável. Aliás, se o máximo abstracto de um concurso de contra-ordenações é a soma das coimas concretas, nunca a sanção concreta poderia corresponder ao dobro dessa soma concreta.

O que a norma determina (aliás, as normas, incluindo o artigo 19º, n. 2 do RGCO) é que a sanção concreta não pode ser superior ao dobro do limite máximo da sanção mais elevada (apenas uma, a mais elevada) das várias contra-ordenações que estejam em concurso. No nosso caso, com duas coimas idênticas, o limite máximo abstracto corresponde a esse dobro, 48.000 €.

Já na decisão da entidade administrativa e na sentença do tribunal recorrido corresponderia a 52.000 €, o dobro do limite máximo da sanção mais elevada (26.000 €), idêntico em ambos os casos, não obstante os limites máximos abstractos se situarem, respectivamente, nos 76.000 € e 72.000 €.

Tendo presente que a conduta da arguida, sendo claramente de reduzida ilicitude e com culpa mínima, não causou grave dano ambiental e mesmo parte dos ilícitos que lhe foram imputados se ficaram a dever a um comportamento que visou evitar tais danos, se fixa a coima única de 30.000 € (trinta mil euros).

*

B.7 - O privilégio contra a auto-incriminação.

Neste ponto de inconformidade a recorrente argúi com a circunstância de estar obrigada a “cooperar com a entidade administrativa, fornecendo documentos, nomeadamente os relatórios de análises ao permeado, contribuindo para a sua autoincriminação”, coagindo-a a auto-incriminar-se pois que a entidade administrativa tem poderes de fiscalização, nomeadamente colher amostras para análises laboratoriais e não usou dessa faculdade, instrumentalizando aquele dever de cooperação que impendia sobre a Recorrente, coagindo-a a autoincriminar-se. Refere-se a recorrente aos artigos 93º, nº 3 da Lei 58/2005, 79º do Decreto-Lei 226-A/2007 e bem assim do artigo 4º e 16º do Decreto-Lei 276/2007.

Conclui que essa prova é nula nos termos do artigo 61º, nº 1, al. d), 125º e 126º, nº 2, al. a), todos do CPP.

Parece-nos evidente que o auto de notícia assenta num único facto observado – a existência de lixiviado na célula 2 do alvéolo 4 – e em tudo o resto se basta com a consulta da documentação na posse da arguida.

No caso concreto e em função daquilo que já foi fundamentado até este ponto, o que se discute neste ponto de invocação do privilégio contra a auto-incriminação é apenas uma contra-ordenação, a referida no ponto B.2.1 supra, a contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pela al. c), do nº 3 do artigo 81.º do DL n.º 226-A/2007 de 31 de Maio, o “incumprimento das obrigações impostas pelo respectivo título”, isto é, a descarga de efluente.

A que consta do ponto supra B.2.2, a contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 22.º e al. f) do n.º 1 do artigo 26.º do DL n.º 147/2008 de 29 de julho, a inexistência de «Garantia financeira obrigatória», é matéria que sai do âmbito de análise do dito privilégio pois que assenta apenas na inexistência de prova documental da sua existência.

Assim, a documentação que foi essencial à condenação da arguida quanto à descarga de efluentes foram as análises laboratoriais a esses efluentes, tão só, pelo que a interrogação que em concreto se nos coloca é a de saber de que forma o fornecimento do resultado dessas análises viola o privilégio contra a auto-incriminação.

Já passámos para além da questão básica – e que continua, em opinião pessoal, essencial em termos de melhor adequação ao problema – o de saber se as pessoas jurídicas (sociedades e

outras “corporações”) podem gozar do privilégio contra a auto-incriminação. A resposta do US Supreme Court tem sido essencialmente negativa desde Hale v. Henkel de 12-03-1906 [201 U.S. 43, 44] - <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/201/43.html>.

Quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a resposta tem sido tudo menos clara desde Funke v França, de 25-02-1993.

Mais claro tem sido o posicionamento do TUE (à data TJCE) desde o seu posicionamento Orkem (acórdão do TJCE de 18-10-1989, no Proc. n.º 374/87, Orkem vs.Comissão), como se verá infra.

Em Portugal a doutrina tem sido – essencialmente na área do direito da concorrência, do direito fiscal e criminal tributário – radicalmente pro, multiplicando-se os artigos, estudos, teses e livros sobre o tema. São áreas e actividades que reflectem o relevo económico do tema.

O Tribunal Constitucional tem igualmente laborado sobre o tema desde pelo menos os anos 90 do século passado. Relevantes pela actualidade e com extensiva citação doutrinária e jurisprudencial que nos desobriga de a repetir, os acórdãos 340/2013 e o recentíssimo 298/2019, ambos na área tributária e criminal tributária.

Tais arestos trazem-nos a vantagem adicional de terem decidido em sentidos opostos uma questão essencialmente idêntica – apesar de tudo – o fornecimento de documentação fiscal em inspecção fiscal que redundava em acusação por crime tributário, o que coloca a tónica em dois aspectos que interessam sobremaneira ao caso sub judicio, a natureza do privilégio contra a auto-incriminação e o confronto dever/direito que está implícito na entrega da indicada documentação.

De forma clara e indesmentível o dito órgão aceita sem a mínima discussão a invocabilidade do privilégio contra a auto-incriminação pelas pessoas colectivas, não o restringindo ao processo penal, sim alargando-o a outros procedimentos “sancionatórios”.

Para nós o acrescento dos “processos sancionatórios” é uma desnecessidade pois que tratando-se aqui de processo contra-ordenacional este está coberto – como matéria de acusação em matéria penal – pela previsão do artigo 6º da C.E.D.H.. É, pois, para todos os efeitos, processo criminal (critérios iniciados com o acórdão Engel v. Holanda de 1976).

Em área indefinida ficou a natureza do privilégio, cujo entendimento maioritário aceitou a delimitação da decisão em função de aspectos não exclusivamente processuais pelo operar da

ponderação de interesses e o voto de concordância do Presidente do Tribunal foi no sentido - no essencial - de limitar a ponderação de interesses a aspeto unicamente processual, o interesse “servido pelo nemo tenetur” em contraposição com os interesses de uma justiça criminal eficaz. Excluídos, portanto, os interesses acautelados pelo processo tributário e os valores aí implícitos.

Ora, tratando-se nesses arestos de fazer uma ponderação com um valor extra criminal, tributário na sua natureza e forma de sujeição do contribuinte à absoluta vassalagem fiscal, a dúvida a colocar é se o nosso caso concreto, apresentando um valor comunitário de salvaguarda do ambiente, deverá seguir diverso tratamento e se a ponderação se limitará - e como - aos ditos aspectos processuais.

Os termos da questão trazem-nos a resposta! Se na presença de aspectos fiscais a natureza do privilégio é unicamente processual, os aspectos ambientais não podem ser tratados de forma diversa, mesmo tratando-se de processo contra-ordenacional, que não criminal.

Por isso que o essencial da invocação da recorrente seja aceitável: pode a mesma enquanto pessoa jurídica invocar o privilégio contra a auto-incriminação, mesmo em processo contra-ordenacional, que sempre será um dos tais processos sancionatórios.

Mas a largura, a abrangência do privilégio, tal como definido pelo Tribunal Constitucional, é de tal ordem que a dúvida já só se coloca em termos de saber se não estarão já substancial e efectivamente revogados parte substancial dos deveres consagrados pela lei e que oneram as pessoas colectivas que prosseguem fins da administração, neste caso os ambientais.

À recorrente foi concessionada a prossecução de um interesse público na órbita de legislação que prossegue fins de protecção dos recursos hídricos, surgindo o registo de análises laboratoriais como elemento determinante de detecção do incumprimento da concessão, através da “Lei da Água”, Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro e do Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio, criando este um novo «regime sobre as utilizações dos recursos hídricos e respectivos títulos», com o fito de assegurar um elevado padrão de qualidade para a gestão dos recursos hídricos, designadamente através de um sistema de autocontrolo e programas de monitorização e planos de emergência, estabelecendo o art 5º deste último diploma que o titular de licença ou o concessionário deve “instalar um sistema de autocontrolo ou programas de monitorização adequados às respectivas utilizações sempre que essa instalação seja exigida com a emissão do respectivo título”. E o Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto, estabelece normas, critérios e objectivos de qualidade com a finalidade de proteger o meio aquático e melhorar a qualidade das

águas em função dos seus principais usos.

Ora, por via do título atribuído à recorrente esta sujeita-se a deveres de acção e de omissão de condutas no âmbito da protecção dos recursos hídricos mas a operatividade absoluta do privilégio contra a auto incriminação determina a simples extinção de todas as suas obrigações de autocontrolo e de monitorização.

Se associada esta pretensão a um pré-aviso obrigatório na realização de inspecções, tal convergirá na consagração de um regime de “deixa andar” e de total impunidade do concessionário que, mesmo incumprindo em absoluto e cometendo ilícitos em atropelo, nunca será detectado pois que inexistente autocontrolo e o flagrante delito – única forma que passa a ser possível para a detecção do ilícito - torna-se mera quimera.

Ou seja, de uma penada teríamos a total falência não só do regime de protecção dos recursos hídricos, como da “justiça contra-ordenacional eficaz” a que se refere o aresto.

E isso demonstra que a aceitação do operar do privilégio relativamente às pessoas jurídicas é extremamente discutível e percebe-se a relutância do legislador comunitário em consagrar já que o princípio se aplica a nível comunitário da mesma forma que se aplica às pessoas singulares.

O que o levou a afirmar no considerando 12 da Directiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, que a mesma se aplica “às pessoas singulares que são suspeitas ou foram constituídas arguidas em processo penal”, deessarte afastando a sua aplicabilidade às pessoas colectivas.

Explicitando logo após, nos considerandos 13 a 15, que:

(13) A presente diretiva reconhece que as necessidades e os níveis de protecção de alguns aspetos da presunção de inocência são diferentes consoante se trate de pessoas singulares ou coletivas. Essa protecção conferida às pessoas singulares reflete-se em jurisprudência assente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O Tribunal de Justiça, por seu lado, reconheceu que os direitos decorrentes da presunção de inocência não se aplicam às pessoas coletivas da mesma forma que às pessoas singulares.

(14) Na situação atual de desenvolvimento das legislações e da jurisprudência a nível nacional e da União, seria prematuro legislar a nível da União sobre a presunção de inocência das pessoas

coletivas. Por esse motivo, esta diretiva não deverá ser aplicável às pessoas coletivas, sem prejuízo da aplicação da presunção de inocência às mesmas, como previsto, em particular, na CEDH e interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal de Justiça.

(15) A presunção de inocência das pessoas coletivas deverá ser assegurada pelas garantias legislativas em vigor e pela jurisprudência atual, cuja evolução futura deverá permitir determinar a necessidade de adotar medidas a nível da União.

Considerando o desacordo entre o Parlamento Europeu, por um lado, e a Comissão e o Conselho de Ministros, por outro, na definição de um regime legislativo na matéria, não é de esperar a breve prazo diploma esclarecedor. [1]

Ora, no caso concreto em que – como se disse supra – a documentação que foi essencial à condenação da arguida quanto à descarga de efluentes foram as análises laboratoriais a esses efluentes, de que forma o privilégio contra a auto-incriminação se sustenta contra os interesses acautelados por uma justiça contra-ordenacional ambiental eficaz?

A resposta é simples: no caso concreto fazer operar de forma absoluta o privilégio nega não só a política ambiental como também o processo contra-ordenacional eficaz. Aliás, oblitera ambos!

Mas adiantando um pouco a questão, se a recorrente é obrigada à participação desses resultados laboratoriais na sequência das necessidades de auto-controlo e monitorização, de que forma o fornecimento do resultado dessas análises viola o privilégio contra a auto-incriminação?

Não revelando qualquer dado relativo à privacidade de quem quer que seja, não havendo consulta de elementos sujeitos a qualquer segredo, ou violação de outros direitos, a obtenção de dados laboratoriais não viola o privilégio contra a auto-incriminação. Limita-se a transmitir factos.

E neste ponto estamos apenas a adaptar a jurisprudência Orkem supra referida (de relevo na introdução ao tema cfr. “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, Paulo de Sousa Mendes, in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/11/011-028-O-dever-de-colabora%C3%A7%C3%A3o-e-as-garantias-de-defesa.pdf>).

No acórdão Orkem [2] o Tribunal perante as invocações da sociedade CdF Chimie SA, depois Orkem SA, interpôs, um recurso de anulação da Decisão IV/31.866 da Comissão, de 9 de Novembro

de 1987, invocando:

- a falta de um pedido prévio de informações,
- o facto de a decisão constituir, na realidade, uma comunicação das acusações,
- a utilização ilegal, pela Comissão, do poder de exigir informações,
- a violação dos direitos da defesa, na medida em que a Comissão teria obrigado a recorrente a testemunhar contra si própria.

O tribunal veio a concluir nos pontos a seguir indicados que:

35 - Deste modo, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão

41 - Conclui-se, assim, que a Comissão, ao obrigar a empresa destinatária da decisão, pelas questões II1, alínea e), e III1 e 2 do pedido de informações, a confessar uma infracção ao artigo 85.º do Tratado CEE, atentou contra os direitos de defesa da recorrente

40 - **Esta censura não pode ser formulada em relação** à questão 3 do grupo III que diz respeito às informações comunicadas pela empresa aos outros produtores no que diz respeito à produção e à venda do produto em causa e em relação às questões do grupo IV sobre as declarações transmitidas e as estatísticas fornecidas à Fides, **questões que apenas se destinam a obter informações factuais sobre o funcionamento do sistema de troca de informações e de estatísticas.**

E, como resume Paulo Sousa Mendes:

«a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa”.

Donde decorre que “a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão”.

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16.12.2002 adoptou a “jurisprudência Orkem”, parafraseando-a no considerando 23, como segue: “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”**.

A “jurisprudência Orkem” marcou o rumo da subsequente jurisprudência comunitária.»

E, em nosso entender, aceite que é a operatividade do privilégio quanto às pessoas jurídicas (“legal persons”), esta é a solução mais equilibrada quanto ao sentido que se deve ter do privilégio contra a auto-incriminação no que às pessoas jurídicas diz respeito.

Daqui retiramos a conclusão para o caso sub judicio de que não houve violação do privilégio contra a auto incriminação no fornecimento de informações laboratoriais e na consulta dos registos e documentos fornecidos pela recorrente pois que estes se limitam a ser factos.

*

B.8 - A nulidade de sentença por preterição de fomalidade essencial (comunicação prévia).

Esta razão de insatisfação da recorrente, por razões sistemáticas, bem que poderia (deveria?) ser das primeiras a ser tratada, pois que atinente à legalidade da prova. Mas esta é questão – a sistemática da decisão judicial – que bem pode ser minorizada para dar prevalência às restantes matérias que apresentavam um peso aparente de maior relevo.

Trata-se de razão ou argumento muito falível e essa talvez seja a razão de surgir neste local.

A base de argumentação da recorrente encontra-se na circunstância de a inspecção realizada e que veio a dar azo a um processo contra-ordenacional não ter sido objecto de comunicação prévia nos termos do nº 1 do artigo 18º do Regulamento do Procedimento de Inspeção da Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território. Afirma o dispositivo que «o início do procedimento de inspeção deve ser antecedido de comunicação escrita, preferencialmente por via eletrónica, do Inspetor-Geral às entidades visadas».

É um bom princípio de administração colaborativa e leal e não passa disso já que as inspecções realizadas sem prévio aviso – como decorre do nº 2 do mesmo preceito – podem ser realizadas sem tal aviso prévio se a administração assim o entender. Literalmente «exceção-se do número anterior os casos em que a comunicação ali referida seja suscetível de pôr em causa o objetivo da

ação de inspeção a desenvolver, bem como quando a atuação inerente à área de intervenção assim o exija».

Acresce que as considerações de uma inspeção de carácter administrativo deste tipo de forma alguma geram nulidades para um processo contra-ordenacional. Para mais que, nessa data, nem existia.

Assim é abusivo considerar que uma norma de cariz administrativo gera uma nulidade a integrar nos artigos 120º, nº 2, al. d) do CPP, ex vi artigo 41º, nº 1 do RGCO, gerando a nulidade dos atos subsequentes nos termos do disposto no artigo 122º do CPP. É levar o efeito à distância ao exagero e atribuir ao direito administrativo um relevo processual imerecido.

C - Dispositivo

Face ao que precede, acordam os Juízes da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora em conceder provimento parcial ao recurso e, em consequência:

- corrigem lapso na indicação da legislação de suporte no facto provado 8 e onde se lê “Dec-Lei nº 336/1998”, deve ler-se “Dec-Lei nº 236/1998”;
- dão como não provado que tenha existido benefício económico para a arguida;
- absolvem a arguida da imputação da prática de uma contra-ordenação ambiental muito grave p. e p. pelo artigo 36 e al. l) do n.º 1 do artigo 48.º do DL n.º 183/2009, de 10 de Agosto;
- consideram prejudicada pela absolvição a invocação de um estado de necessidade na actuação da arguida;
- fixam a coima única em 30.000 € (trinta mil euros);
- considerando improcedente o recurso nos demais pontos.

Sem tributação.

Évora, 07 de Janeiro de 2020

(Processado e revisto pelo relator)

João Gomes de Sousa

Nuno Garcia

[1] - Na nota 1 do documento do Conselho nº 11112/15 de 29.07.2015, a paginas p. 4, é patente o

desacordo que leva ao posicionamento assumido na Directiva 2016/343. Aí se refere, sendo EP “European Parliament” : «EP prefers the Directive applying to legal persons as well. PRES, supported by COM, opposed this, given e.g the case law of the ECtHR, which takes a quite different approach regarding the application of the principle of presumption of innocence to legal persons compared to natural persons. In order to find a solution, it is suggested to modify recital 10 as follows: (10) In the current state of development of national legislations and of case law at national level and at the level of the Court of Justice it is premature to legislate at Union level on the right to be presumed innocent of legal persons. For this reason, this Directive does not apply to legal persons; this is without prejudice to the application of the principle of presumption of innocence, in particular as set out in the ECHR and as interpreted in the case-law of the ECtHR and the CJEU, to such persons». In <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11112-2015-INIT/en/pdf>.

[2] [http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95715&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=645120)

[text=&docid=95715&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=645120](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95715&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=645120)

Fonte: <http://www.dgsi.pt>