

DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A NECESSÁRIA REFORMA POR FORÇA DA DIRETIVA ECN+

Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo, em representação da SLCM – Serra Lopes, Cortes Martins & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL*

ABSTRACT *Competition Law faces a certain incongruence with its essence. It has been balancing between Misdemeanours Law, Criminal Law and Administrative Law, which difficulties the application of the norms. This study aims to bring to light some of the inconsistencies, especially the ones brought by the new ECN+ Directive. More specifically, the recent advances culminate on giving the National Competition Authorities more power, while not giving the parties under investigation more means of protection. This article focuses on the several problems that arise from those discrepancies.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Os poderes acusatórios reforçados. 2.1. Introdução. 2.2. Os poderes reforçados de busca, exame, recolha e apreensão de correspondência e outros meios de comunicação privada. 2.3. Outros aspetos. 3. Buscas Domiciliárias. 4. Indicação do montante concreto da coima na Nota de Ilicitude. 5. Responsabilidade solidária das empresas associadas pelo pagamento da coima da associação. 6. Intervenção do Ministério Público no processo especial por infração ao Direito da Concorrência 7. Recursos judiciais em função da natureza da matéria controvertida. 8. Conclusão.

KEY-WORDS: Competition Law; European Competition Law; ECN+ Directive; Means of taking evidence; Home Search; Investigation phase; Joint and several liability; Judicial Remedies.

JEL CLASSIFICATION: K210

* Respetivamente, Sócio responsável pelas áreas de Concorrência & Regulação e Direito Público, Advogada e Advogada Estagiária nas mesmas áreas, na Serra Lopes, Cortes Martins & Associados – Sociedade de Advogados. O artigo reflete o entendimento pessoal dos autores relativamente às matérias nele incluídas.

1. INTRODUÇÃO

A 25 de outubro de 2019, a Autoridade da Concorrência (doravante, “AdC”) publicou no seu sítio da internet a sua proposta de anteprojecto de diploma legislativo de transposição da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, também conhecida por Diretiva ECN+ (de ora em diante, “Diretiva”). A Diretiva, que deverá ser transposta até ao dia 4 de fevereiro de 2021, pretende conferir às autoridades da concorrência nacionais de cada Estado-Membro competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e assim garantirem o bom funcionamento do mercado interno.

Considera-se, desde logo, ser discutível a bondade da opção, pelo Ministério da Economia, de nomeação da AdC como “*serviço responsável*” pela apresentação de uma proposta de transposição da Diretiva, sobretudo quando esta Autoridade é, notoriamente, a principal parte interessada no processo e, muito particularmente, no reforço dos seus poderes. Sem prejuízo de dever sempre ser consultada no âmbito do processo legislativo como um dos agentes interessados na aplicação do Direito da Concorrência, a delegação da preparação e redação do diploma legislativo de transposição da Diretiva não favorece a separação de poderes e a própria independência da AdC, que enquanto autoridade administrativa independente deveria manter um saudável distanciamento, não só relativamente ao poder executivo, mas também relativamente ao próprio legislador.

Na sequência do lançamento da consulta pública sobre o anteprojecto de transposição da Diretiva, em representação da Serra Lopes, Cortes Martins & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL (“SLCM”) pronunciamos-nos sobre o novo projecto legislativo proposto pela AdC, apresentando observações que se cingiam a algumas das alterações propostas ao Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (em diante, “Lei da Concorrência” ou “LdC”), que, em nosso entender, deveriam e devem ser objeto de especial reflexão. Aproveitamos, assim, a presente oportunidade para partilhar com a comunidade jurídica as principais preocupações que subsistem no Projecto final aprovado pela AdC, sejam elas de cariz mais substantivo – convocando, nalguns casos, direitos fundamentais –, sejam elas de cariz mais formal e sistemático, apelando à clareza das normas e à harmonia com os outros regimes do ordenamento jurídico português.

Tal como a SLCM, muitos outros interessados apresentaram as suas observações, sendo que, após analisados e ponderados os vários comentários, a AdC procedeu a algumas alterações ao anteprojecto inicialmente apresentado,

tendo, assim, elaborado um Relatório sobre a Consulta Pública (doravante, “Relatório”) e apresentado ao Governo uma Proposta de Anteprojeto (de ora em diante, “Proposta”), ambos publicados no seu sítio da internet.

O presente artigo foi escrito com base nalguns dos comentários e observações por nós apresentados em sede de consulta pública que foram desconsideados na Proposta que a AdC entendeu submeter ao Governo. Pela sua relevância e pertinência para a discussão do novo regime jurídico da concorrência, entendemos que se mantém o interesse na sua divulgação científica por esta via. Na elaboração do presente artigo, analisámos, ainda, algumas das alterações propostas pela AdC que foram posteriormente explanadas no Relatório e adotadas na Proposta.

2. OS PODERES ACUSATÓRIOS REFORÇADOS

2.1. Introdução

O regime de defesa do Direito da Concorrência assenta, em matéria sancionatória, na aplicação de coimas pela prática de contraordenações. O direito das contraordenações tutela o interesse punitivo do Estado relativamente a ilícitos de mera ordenação social, em que o nível do desvalor ético-social não atinge e não se confunde com o desvalor ético tutelado pelo regime sancionatório penal plasmado no nosso Código Penal.

No entanto, tal não foi sempre assim. O Direito da Concorrência foi sofrendo, em virtude da sua evolução histórica, mutações substanciais. Nos seus primórdios, poderíamos encontrar as práticas anticoncorrenciais punidas pelo Código Penal de 1852, que condenava o uso de meios fraudulentos para alteração de preços que resultariam da livre concorrência¹. Posteriormente, durante o período do Estado Novo viveu-se um período tendencialmente avesso à lógica da livre concorrência. Foi então que em 1983 o Direito da Concorrência passou a seguir o Regime-Geral das Contraordenações, onde tem permanecido desde então.

Neste seu projeto de revisão, a AdC denuncia uma perspetiva de abordagem da temática sancionatória das infrações ao Direito da Concorrência que não é compatível com este pressuposto essencial.

Na verdade, do projeto de alteração em apreciação parece resultar, estranhamente, o contrário, chegando mesmo a propor-se que as condutas que

1 Silva, 2008: 41.

constituem crime e são hoje exclusivamente sancionadas pelo Direito Penal, sejam também cumulativamente sancionadas pelo direito punitivo da concorrência enquanto contraordenações.

Ora, pese embora o propósito do presente estudo não tenha por objeto a análise desta tão interessante e – ao mesmo tempo – complexa problemática, impõe-se deixar aqui claro que enquanto a tutela do Direito da Concorrência continuar a recair sobre um regime de aplicação de meras contraordenações, não poderão subverter-se as limitações originárias de que se reveste este regime, precisamente, em virtude de nele se tratarem ilícitos de mera ordenação social e menor desvalor ético-social.

Caso se entenda que o desvalor associado à violação do regime da concorrência tem uma dimensão ético-social equivalente à dos ilícitos mais graves que são regulados pelo Direito Penal, então, nesse caso, a solução não passará por subverter o regime das contraordenações no Direito da Concorrência através da importação das armas de acusação exclusivas do Direito Penal, mas, sim, por transferir a tutela dos ilícitos de concorrência para o regime do Direito Penal, como já anteriormente ocorria. Isto porque, como é consabido, no Direito Penal coexistem – num equilíbrio saudável e fundamental para materialidade de um Estado de Direito Democrático – as armas da acusação e as garantias da defesa.

Pretender importar as armas do Direito Penal para a acusação no processo de contraordenação em Direito da Concorrência, sem reconhecer aos visados pelos correspondentes processos contraordenacionais as mesmas garantias de defesa que os arguidos – perante armas semelhantes, têm no Direito Penal – seria um inaceitável retrocesso a um Estado todo-poderoso e onipotente, em que as ingerências na vida dos cidadãos e os atropelos aos seus mais elementares direitos fundamentais se justificavam e se legitimavam pela pré-compreensão do interesse público e da vontade do povo que o Estado, através dos seus órgãos de poder e controlo, se arrogava ter. A evolução do Estado totalitário e autocrático para o Estado de Direito Democrático, assente no princípio da legalidade e no reconhecimento de direitos aos seus cidadãos, passou muito pelo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contra o próprio Estado.

Neste sentido, a evolução do Direito da Concorrência não se pode limitar, apenas, a assegurar a sua maior eficácia punitiva, como que partindo do pressuposto de que a autoridade de defesa da concorrência beneficia de uma presunção de verdade e de correção, não carecendo os seus juízos ou condutas de ser sindicadas ou justificadas. Pelo contrário, atentos os poderes reforçados

que lhe são reconhecidos enquanto autoridade administrativa independente, haverá que equilibrar a concorrência dos seus poderes de regulação, monitorização, supervisão, regulamentação, fiscalização e sancionatórios com o reconhecimento de fortes garantias de defesa dos indivíduos e empresas que com ela interagem e que por ela podem ser sancionados. E, assim sendo, é com consternação que se assiste neste novo projeto de revisão da Lei da Concorrência, a par de um significativo reforço dos poderes acusatórios da Autoridade da Concorrência, a uma preocupante tentativa de redução das garantias dos visados e dos advogados.

2.2. Dos poderes reforçados de busca, exame, recolha e apreensão de correspondência e outros meios de comunicação privada

A questão dos meios de prova deve ser alvo de grande debate, nomeadamente a possibilidade de acesso e recolha de todas as informações, dados ou esclarecimentos em qualquer suporte ou formato.

Compreende-se que a redação proposta para a alínea b) do n.º 1 do artigo 18.º-A tenha como base a Diretiva, e que seja motivada pela necessidade de acompanhamento das novas realidades de comunicação. No entanto, a grande abrangência de suportes de comunicação a que a AdC sustenta – através do seu Projeto – dever ter acesso levanta dúvidas e questões de carácter constitucional.

Dispõe o artigo 34.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa que “*É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (destaque nosso). Ora, da leitura deste preceito constitucional retira-se que, uma vez que “*a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*” é apenas permitida em matéria de processo criminal, estamos perante uma séria incongruência do Direito da Concorrência, cujas infrações [ainda] não são punidas pelo Direito Penal.

É que, se se permitir a ingerência na correspondência e outros meios de comunicação privada (*i.e.*, e por outras palavras, todo o tipo de meios de comunicação que a imaginação alcance) em sede de processo contraordenacional, sobre a norma que o consagre poderá (e, porventura, *deverá*) recair um juízo de inconstitucionalidade.

Com efeito, e como decorre do referido artigo 34.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, essa ingerência apenas é permitida *em determinadas circunstâncias*, e sempre em sede de processo criminal. Assim, uma norma

como aquela que consta do artigo 18.º-A, n.º 1, alínea b) da LdC é de duvidosa compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa.

Para que se possam permitir estes grandes passos no Direito da Concorrência impostos pela Diretiva, é necessário, antes de mais, repensar o papel do Direito da Concorrência no ordenamento jurídico português e, idealmente, rever aprofundadamente o Regime Geral das Contraordenações. Se, por um lado, se opta por não penalizar as infrações ao Direito da Concorrência, atribuindo-lhe apenas uma natureza contraordenacional, a que estará associado um desvalor ético-jurídico diminuto – permitindo-se a transgressão de princípios base do direito sancionatório, tal como o princípio da culpa e intransmissibilidade das penas –, por outro lado, é contraditório defender que a punição das infrações ao Direito da Concorrência admite a violação de direitos fundamentais, tais como a reserva da intimidade da vida privada, sob o pretexto da extrema importância do Direito da Concorrência e do elevado desvalor que a sua violação acarreta.

Embora esteja sempre subjacente a questão do princípio do primado da União Europeia – e, bem assim, da articulação normativa que o mesmo impõe na relação do Direito da União Europeia com o Direito Constitucional dos Estados-Membros –, julga-se necessário ter espírito crítico perante esta afronta a um dos princípios fundamentais de um Estado de Direito Democrático.

Pondo de parte a longa discussão do princípio do primado, e ainda que a AdC se veja na obrigação de transpor esta norma, então este é o momento para refletir sobre o papel do Direito da Concorrência, mais concretamente sobre qual deve ser a via a seguir para que ambas as partes – a Autoridade e os visados pelos processos por ela intentados – possam conviver de modo mais harmonioso, sem que uma das partes detenha todas as armas, e a outra nenhuma defesa contra essas mesmas armas.

Sem prejuízo do que se avançou, a AdC nada comentou no que concerne à existência (ou não) de uma inconstitucionalidade dos referidos poderes de ingerência, tendo optado por não fazer qualquer comentário no Relatório apresentado. Compreende-se que talvez não fosse sede própria para o debate deste denso e importante tópico, no entanto, à luz da sua extrema importância – por abalar em grande escala as atuais bases do Direito da Concorrência –, julga-se ser premente o debate, seja em que sede for, da questão a que se alude.

2.3. Outros aspetos

Nos (novos) artigos 17.º-A., n.º 3, e 18.º, n.ºs 1 e 5 são conferidos poderes, a respeito da obtenção de prova, a “agentes” da AdC.

Porém, olhando (i) à LdC, (ii) aos Estatutos da AdC e, ainda, (iii) à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, conclui-se que a categoria de “agentes da AdC” é desconhecida no ordenamento jurídico.

Com efeito, e de acordo com os Estatutos da AdC, os seus recursos humanos integram, em termos gerais, uma de três categorias: (i) membros do Conselho de administração, (ii) titulares de cargos de direção ou equiparados e (iii) trabalhadores (cfr. por exemplo, artigo 30.º dos Estatutos da AdC). Não havendo referência sistemática ao conceito de “agentes” – e sendo a realidade a que se refere desconhecida –, deve a sua utilização ser evitada e, conseqüentemente, eliminada. Os motivos são simples: sabe-se que os membros do Conselho de Administração, os titulares de cargos de direção ou equiparados e os trabalhadores da AdC estão sujeitos a deveres de imparcialidade, diligência, sigilo profissional e, bem assim, que respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos seus atos e omissões. Ao invés, desconhecendo-se as funções que subjazem à figura dos “agentes”, receia-se o surgimento de dúvidas interpretativas acerca dos termos, limites e responsabilidades a que estes estarão sujeitos.

Ainda no n.º 7 do artigo 18.º, refere-se que a AdC pode fazer-se acompanhar “*de quaisquer outros acompanhantes autorizados pela AdC ou nomeados para o efeito*”. Não se compreende esta abertura a quaisquer outras pessoas, quem possam ser ou que interesse podem ter na participação em diligências de inspeção. Estando em causa métodos de obtenção de prova que implicam a intromissão em propriedade privada, em correspondência e meios de telecomunicação – podendo até, em alguns casos, colidir com a reserva da intimidade da vida privada –, não é coerente que se alargue o acesso às instalações a toda e qualquer pessoa, cuja seleção estará sujeita a critérios que não estão determinados e que, tanto quanto se alcança, dependerão apenas do arbítrio da AdC.

Além disso, e também aqui, esses eventuais “*quaisquer outros acompanhantes*” não estão sujeitos a deveres de imparcialidade, diligência, sigilo profissional, nem respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos seus atos e omissões.

3. BUSCAS DOMICILIÁRIAS

De acordo com a Diretiva, no seu artigo 7.º e considerando 34, as inspeções em domicílios privados estão sujeitas a autorização prévia de uma autoridade judicial nacional, devendo a sua admissão ter por base dois critérios: (i) existência de suspeita razoável de que os livros ou outros documentos relacionados com a atividade e com o objeto da inspeção se encontram no domicílio em causa; (ii) esses livros ou documentos sejam pertinentes para provar a infração.

Nesta linha, no artigo 19.º do anteprojeto, deixou de ser necessário demonstrar a “*fundada suspeita de que existem (...) provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º*” (destaque nosso), passando apenas a exigir-se a demonstração da “*suspeita razoável de que existe prova que possa ser pertinente para demonstrar uma infração*” (destaque nosso).

No entanto, a AdC foi mais longe do que aquilo que a Diretiva impunha e, na sua proposta ao n.º 2 do artigo 19.º – onde antes se lia “*O requerimento deve mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização*” (destaque nosso) – sugere a AdC que se estabeleça que “*O requerimento deve mencionar a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização referida no número anterior e a sua pertinência para provar a infração.*” (destaque nosso).

Constituindo a exigência, na lei portuguesa, da verificação de uma *fundada suspeita* um requisito mais exigente do que o da indicação de *mera suspeita razoável* prevista de modo *de minimis* na Diretiva, não se vislumbra que exista necessidade ou bondade no aliviar da atual exigência prevista na lei portuguesa. Sobretudo quando estamos perante direito meramente contraordenacional – sancionador de ilícitos de mera ordenação social –, em que só com fundado e justificado motivo relevante será legítima a compressão de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos por via da realização de buscas domiciliárias.

Na verdade, as buscas domiciliárias são uma ingerência na vida privada e acarretam sempre – ainda que legítimas – a lesão da privacidade de qualquer pessoa. Deste modo, para que essa lesão seja permitida, exige-se a contraposição de motivos de substancial relevo que a justifiquem. Com efeito, para que as buscas domiciliárias sejam autorizadas, impõe-se que o Juiz de instrução esteja totalmente convencido de que esses motivos existem. Assim sendo,

devem existir requisitos mínimos a demonstrar pela AdC, para que as buscas sejam permitidas.

Acresce, ainda, que a AdC foi mais longe neste seu propósito – injustificado, diga-se – de aliviar a exigência requerida na fundamentação do pedido de realização de buscas domiciliárias. Com efeito, na proposta de alteração do n.º 2 do artigo 19.º, a AdC diminui os elementos que por si devem ser demonstrados ao Juiz de Instrução, bastando-se a demonstração da “*razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio*” e “*a sua pertinência para provar a infração*”, deixando assim de parte a necessidade de mencionar a “*gravidade da infração, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas*”, exigidos na atual redação. Este passo simplifica o processo de autorização e, conseqüentemente, vem diminuir as barreiras à violação da vida privada dos cidadãos.

Ora, existem certos procedimentos que, por configurarem ingerências na vida privada dos cidadãos – e mesmo que devendo ser articulados com a economia e a eficiência processuais –, não devem ser simplificados, sendo que as buscas domiciliárias estão contempladas nesse leque. Mal seria se, quando a própria Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 32.º, n.º 8, estabelece que são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, para efeitos de processo criminal, uma *simples* lei, para efeitos de um *mero* processo contraordenacional, permitisse a busca domiciliária com menor exigência. Será caso para perguntar: se constantemente se negam direitos e garantias em sede de processo contraordenacional com o fundamento de que “*no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais*”², qual a razão para se conferir mais poderes (ou menos limitações) a uma autoridade administrativa para investigar uma contraordenação do que aqueles que são conferidos às autoridades judiciárias quando investigam crimes? Por outras palavras, se as contraordenações correspondem a um desvalor ético menor (e se a infração ao Direito da Concorrência ainda não é crime), não faz sentido que se confirmem grandes e robustos poderes para “atacar” algo que tem importância diminuta e um fraco desvalor ético-jurídico. Numa outra perspectiva ainda, se, com base naquele referido fundamento, aos visados num processo contraordenacional não cabem os mesmos direitos e

2 Cfr. Acórdão n.º 574/95 do Tribunal Constitucional. Sobre a distinção entre ilícitos penais e ilícitos contraordenacionais, ver também os Acórdãos n.ºs 158/92, 344/93, 469/97, 461/2011, 537/2011, 45/2014, 180/2014 e 297/2016, todos do Tribunal Constitucional.

garantias que aos arguidos em processo penal, que sentido tem aumentar os poderes das autoridades administrativas para um nível superior aos das autoridades judiciárias criminais? Já que parece existir um consenso sobre a diferença de desvalor ético-jurídico³ entre crimes e contraordenações, essa diferença deve servir, por maioria de razão, tanto para limitar os direitos e garantias dos visados, como, também, para limitar os poderes das autoridades, sob pena de a balança da justiça deixar de estar equilibrada.

Contudo, a AdC não se pronunciou quanto a este ponto, tendo mantido a sua proposta de redação. Não parece uma proposta razoável, ainda para mais porque a prática recente, por parte da AdC, de recurso recorrente e sucessivo a buscas domiciliárias na maioria das investigações mais recentemente prosseguidas é bem demonstrativa de que o regime atualmente vigente é adequado e não limita ou dificulta o recurso a este meio extremo e excepcional de recolha de prova para efeitos da investigação da prática de contraordenações em matéria de Direito da Concorrência. Deste modo, não é necessário recorrer a vias mais gravosas e questionáveis do ponto de vista das garantias de defesa dos visados.

4. INDICAÇÃO DO MONTANTE CONCRETO DA COIMA NA NOTA DE ILICITUDE

É positiva a introdução, no artigo 25.º, n.º 1, da possibilidade de a empresa investigada se pronunciar sobre as sanções em que incorre. Com efeito, a experiência revela que a Nota de Ilícitude corresponde a um projeto da decisão final que a AdC se propõe adotar em sede de processo contraordenacional, que segue a mesma estrutura e está obrigada aos mesmos deveres de fundamentação e clareza dessa decisão.

Contudo, se há elemento que a AdC normalmente não inclui na Nota de Ilícitude é a sanção concreta que se propõe aplicar, no sentido de especificar o montante concreto da coima que pretende aplicar ou a concreta sanção acessória que pretende impor.

3 Da nossa parte, não concordamos que a diferença entre os ilícitos se faça com apelo a critérios de des-trinça material, não só porque, como também defende Dias (2018: 49) “*um critério baseado na natureza ético-social dos ilícitos e/ou da carga ética das respetivas sanções não tem aqui valor operativo*”, como atenta a discricionariedade do legislador, não há elementos materiais comuns às centenas de contraordenações previstas nos mais variados ramos do Direito. Na verdade, certas contraordenações, considerando os elevados valores das coimas que podem atingir, como as do Direito da Concorrência, acabam por refletir uma ofensa social e uma severidade punitiva tais que as torna semelhantes aos crimes económicos.

A nova redação do artigo 25.º, n.º 1, embora se refira às sanções, não refere, expressamente, as “sanções concretas” a aplicar, permitindo, assim, uma interpretação que acomode aquilo que a AdC já faz hoje: indica na Nota de Ilicitude a norma legal que prevê e pune a infração investigada (através da indicação do artigo da lei) e o montante máximo da coima aplicável, pelo simples cálculo de 10% do volume de negócios que a empresa investigada lhe declara. Ora, com o devido respeito, essa informação resulta sem dificuldade da própria LdC, bastando que a AdC identifique a infração em causa. E isso de nada vale à empresa investigada para o exercício do seu direito de defesa, limitando-o até. É que, de zero a dez por cento, num volume de negócios que pode chegar aos milhões de euros, vai uma grande distância. E a verdade é que o montante da coima que a AdC projeta aplicar é um elemento bastante relevante para a empresa investigada definir a sua estratégia de defesa. Com efeito, esse montante, se já estiver concretizado ou, pelo menos, balizado num intervalo curto, pode determinar se a empresa investigada se pronuncia sobre a Nota de Ilicitude ou se dá início a um procedimento de transação. Em qualquer caso, transmitir à empresa investigada, logo na Nota de Ilicitude, o montante concreto da coima a aplicar, permitir-lhe-á apresentar argumentos de defesa que podem ser pertinentes para a AdC rever o exercício de determinação da medida da coima. Ninguém contestará que o valor concreto da coima a aplicar é um elemento da máxima importância para a empresa investigada, pois que representa a consequência direta (e concreta) que lhe advirá de uma decisão final condenatória; o que constitui razão mais do que suficiente para que, ainda na fase de instrução do processo, lhe seja dada oportunidade para se pronunciar sobre o valor concreto da sanção a aplicar.

Todavia, este não parece ser o caminho que a AdC pretende seguir, uma vez que nada mencionou no Relatório e optou por manter a redação, o que não se entende. Reitera-se que, por um lado, esta informação é de grande importância para os visados, tal como exposto *supra*, e por outro lado, esta informação não causa qualquer prejuízo à AdC, antes pelo contrário. Veja-se o exemplo dado anteriormente: se uma empresa optar pela transação, uma vez analisada a sanção que lhe poderá vir a ser aplicada, a AdC veria o seu trabalho mais simplificado, pois deixaria de ter de avançar com os procedimentos subsequentes à Nota de Ilicitude. Tal é tanto mais importante no contexto atual da prática da AdC, nomeadamente pelo elevado número de visados que os mais recentes processos que correm na Autoridade contêm. Na verdade, quantos mais visados optarem pela transação, mais simplificado se torna o processo, o que beneficiaria maioritariamente a AdC.

5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS ASSOCIADAS PELO PAGAMENTO DA COIMA DA ASSOCIAÇÃO

Os n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º da LdC referem-se à responsabilidade de associações de empresas e empresas suas associadas. Dispõe este artigo que podem ser solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima as empresas associadas, caso a associação de empresas não tenha capacidade para suportar o pagamento da coima. A nosso ver, este artigo já levantava e, nesta formulação, continua a levantar algumas questões de constitucionalidade, nomeadamente por violação dos princípios da culpa, da intransmissibilidade das penas e da proporcionalidade, os quais são transversais a todo o regime sancionatório, seja ele penal ou contraordenacional.

Em primeiro lugar, viola o *princípio da culpa*, ínsito no artigo 1.º da Constituição, que proíbe a imposição de uma sanção por um facto ilícito a quem não o cometeu. Este princípio aplica-se também ao sistema sancionatório contraordenacional, e não apenas ao penal, uma vez que serve o propósito de defender os cidadãos contra o poder punitivo do Estado, independentemente do conteúdo do juízo de censura e do conteúdo das próprias sanções. Alguém que pratique um facto ilícito de acordo com o regime das contraordenações vê na sua esfera jurídica a responsabilidade de pagamento de uma coima, imposta pelo Estado. Estamos perante uma censura dirigida a quem praticou esse mesmo facto ilícito que viola os paradigmas da ordem social em que se vive.

Ao permitir-se a responsabilidade solidária para o pagamento da coima, estamos a impor a pessoas (coletivas) uma sanção – o pagamento de uma coima – por um facto que por si não foi cometido. Independentemente de nos encontrarmos no regime contraordenacional e independentemente do grau de censura subjacente, a ninguém deve ser imposto qualquer tipo de sanção por um facto ilícito que não cometeu. Tal está ainda consagrado no artigo 8.º, n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, que propugna que “*só é punível o facto praticado com dolo ou (...) com negligência*”. A solidariedade do pagamento da coima implica o mesmo resultado prático, com o mesmo prejuízo, que a aplicação da coima a quem foi imputado o facto ilícito.

Já o *princípio da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória*, consagrado no artigo 30.º, n.º 3 da Constituição, propugna que ninguém deve ser responsabilizado por factos praticados por terceiros, ou seja, que a responsabilidade sancionatória não é transmissível. Tal como o princípio da culpa, este deve também ser entendido como abrangendo as contraordenações e não apenas os ilícitos penais.

Nos n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º estamos perante uma clara transmissão da responsabilidade da associação – a pessoa jurídica que cometeu o facto ilícito – para a empresa e, conseqüentemente, uma violação do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória.

No que concerne ao *princípio da proporcionalidade*, este é violado na sua vertente da proporcionalidade *stricto sensu*. A coima é calculada em função do volume de negócios total, mundial, da associação que praticou o facto ilícito, desde que esse montante não seja inferior a 10 % do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, das pessoas que, constituindo as empresas associadas, exerçam atividades no mercado afetado pela infração cometida pela associação. Ora, este valor é claramente superior ao valor que a empresa solidariamente responsável teria de pagar, caso a sanção fosse aplicada à própria empresa e não à associação de empresas. Estamos perante um valor desproporcional tendo em conta o volume de negócios de uma empresa que se veja solidariamente responsável.

Não obstante entendermos que a responsabilidade solidária pelo pagamento da coima padece de inconstitucionalidade e que, nesse sentido, a transposição da Diretiva cria um problema no ordenamento jurídico português, não podemos deixar de chamar a atenção para o facto de os n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º da Proposta não estarem conformes ao disposto na Diretiva.

Resulta claramente da parte final do n.º 4 do artigo 14.º da Diretiva que não pode ser exigido o pagamento da coima (na sua função de “*fiador forçado*”, digamos) às empresas que demonstrem que:

- i) Não executaram a decisão da infração da associação; e
- ii) Desconheciam a decisão ou a conduta infratora da associação; ou
- iii) Distanciaram-se ativamente dessa decisão ou conduta antes do início da infração.

Ora, como uma decisão ou, melhor dizendo, uma conduta de uma associação não tem que ser obrigatoriamente lavrada em ata, não se compreende por que razão os referidos n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º da Proposta se referem a uma oposição por escrito. Repare-se que, se, por hipótese, a associação atuar num determinado sentido, mas nunca o tiver assumido como decisão ou determinação numa reunião de direção, impossível se torna expressar por escrito uma oposição. Noutra hipótese, mesmo que a associação tenha feito constar a decisão ilícita em ata, pode suceder que a empresa nunca venha a executar a decisão e que na prática, considerando as suas atuações no mercado, resulte

que a empresa se distanciou dessa decisão. Verifica-se, assim, que a LdC tem uma previsão muito mais restritiva e, por isso, mais irrazoável do que a da Diretiva. É que, tendo presente o que se expôs *supra*, aquilo que, com algum esforço interpretativo, poderia salvar estas normas da inconstitucionalidade seria a possibilidade de a empresa se eximir do pagamento demonstrando que não cometeu a infração.

A isto acresce que não faz sentido incluir as sanções pecuniárias compulsórias neste normativo. Não só a Diretiva não o prevê, pois que os casos de “*fiadores forçados*” estão apenas previstos para a aplicação de coimas, no artigo 14.º da Diretiva, como aplicar uma sanção pecuniária para fazer cumprir uma ordem da AdC justifica ainda menos a violação dos princípios da culpa, da intransmissibilidade das penas e da proporcionalidade, pois que ainda não está em causa uma decisão final condenatória. Até porque, desde logo, a empresa associada não tem, sequer, legitimidade ou capacidade jurídicas para se substituir à Associação na execução das decisões da AdC que lhe são dirigidas.

Assim, sem prejuízo do que se deixou *supra* exposto sobre o elevado risco de inconstitucionalidade, sugeriu-se uma redação para os n.ºs 11, 12 e 13 do artigo 73.º do Projeto, que melhor acautelasse a Diretiva.

Ainda que sem mencionar a possível inconstitucionalidade da norma, a AdC procedeu à clarificação da norma, de modo a aproximá-la do regime da redação prevista na Diretiva⁴.

Da nossa parte, embora saudemos a clarificação, não podemos deixar de continuar a salientar que, pelos mesmos motivos *supra* expostos, deverá ser discutida, porventura em sede própria, a inconstitucionalidade de que esta norma padece.

6. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO ESPECIAL DE CONTRAORDENAÇÃO POR INFRACÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A Diretiva propugna que as autoridades administrativas nacionais da concorrência deverão poder participar no âmbito de processos instaurados contra decisões tomadas pelas autoridades nacionais da concorrência para a aplicação dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, de pleno direito, na qualidade de parte recorrente ou parte recorrida, e deverão poder gozar dos mesmos

4 Autoridade da Concorrência, §52

direitos que de que gozam as partes públicas em processos desta natureza (cfr. considerando 71 e artigo 30.º da Diretiva).

Nesse sentido, a AdC vem propor que, não obstante o artigo 70.º do RGCO já prever o direito de participação de autoridades administrativas na audiência de julgamento de processos judiciais e de o direito a tal participação ter sido confirmado por jurisprudência, se clarifiquem os poderes de intervenção da AdC, em particular na audiência de julgamento.

Em nosso entender, deveria ser aproveitada esta oportunidade para se ir mais além, clarificando e simplificando um dos aspetos incoerentes e inadapáveis do RGCO: a intervenção do Ministério Público. Em nossa opinião, tendo em conta o nível de litigância que os processos contraordenacionais de infrações ao Direito da Concorrência acarretam e o nível de complexidade e tecnicidade que o julgamento dos mesmos envolve, a participação jurídica de pleno direito conferida à AdC torna desnecessário manter a atual intervenção processual do Ministério Público no processo especial de contraordenação por infração a normas de Direito da Concorrência.

Assim sendo, cremos ter chegado o momento certo para poder ser dispensada a intervenção do Ministério Público na fase judicial destes processos contraordenacionais especiais.

Em primeiro lugar, tendo em conta a estrutura e capacidade técnica da AdC, o Ministério Público já não serve aqui o propósito de auxiliar a Administração Pública na fase judicial do processo, uma vez que a AdC intervém diretamente e de pleno direito no processo. Assim e ao contrário do que acontece nos demais processos de contraordenação regulados pelo RGCO, em que o Ministério Público representa as entidades administrativas e estas se limitam a auxiliá-lo na sua conduta processual, no processo de contraordenação por infração ao Direito da Concorrência, o Ministério Público não representa a AdC.

Em segundo lugar, justamente pela experiência consolidada do elevado grau de intervenção da AdC na fase judicial, a intervenção do Ministério Público apenas faz com que o processo tenha dois acusadores contra um réu, saindo a acusação desproporcionalmente reforçada por oposição à defesa, sem qualquer justificação (note-se que, no processo penal, o Ministério Público acusa sozinho).

Em terceiro lugar, não é estranho, nem original, no ordenamento jurídico português, como bem o comprovam o contencioso administrativo e o contencioso tributário, que existam ações judiciais que sejam diretamente propostas por ou contra entidades administrativas, incluindo o Governo, sem

necessidade de intermediação do Ministério Público, sendo essas mesmas entidades administrativas que se apresentam e se defendem em tribunal, na qualidade de parte, seja como autor ou réu, com os seus próprios mandatários.

Em quarto lugar, a solução por nós defendida continuaria a conferir ao Ministério Público liberdade e oportunidade para desempenhar no processo o seu verdadeiro papel de garante da legalidade e dos interesses do Estado de Direito Democrático, que estão acima de qualquer posição das partes no processo, incluindo da própria AdC. Com efeito, e como tantas vezes é revelado no contencioso administrativo e no contencioso tributário, defender a posição das entidades públicas não é a mesma coisa que defender a legalidade, podendo suceder – como inúmeras vezes acontece – que as entidades públicas não estejam a cumprir a lei ou a prosseguir os interesses do Estado.

Em quinto lugar, são já tantas as diferenças e especificidades dos processos contraordenacionais no âmbito do Direito da Concorrência, com a LdC a derogar por tantas vezes o disposto no RGCO, que uma alteração como a que sugerimos apenas reforçaria a especialidade dos processos de contraordenação por violação de normas de Direito da Concorrência.

Deste modo, sugeriam-se, em sede de consulta pública, alterações aos artigos 84.º a 89.º do Projeto, que visavam dispensar o Ministério Público da função de acusador, entregando-a em exclusivo e de pleno direito à AdC, assim simplificando o processo e clarificando o papel das partes – de um lado a AdC, e do outro, a empresa investigada.

7. RECURSOS JUDICIAIS EM FUNÇÃO DA NATUREZA DA MATÉRIA CONTROVERTIDA

Tendo presente que a experiência prática tem demonstrado a impreparação e desacerto da jurisdição comum na aplicação das normas do direito administrativo em sede de Direito da Concorrência, sugeriu-se, ainda, uma alteração ao artigo 93.º do Projeto, no sentido de prever o recurso (mas apenas em segunda instância) das decisões em matéria administrativa para a jurisdição administrativa.

Pretende-se assim afastar uma indesejável aplicação das regras de direito administrativo por uma jurisdição constitucionalmente não vocacionada para tal aplicação e que não beneficia da longa experiência dos tribunais superiores da jurisdição administrativa nessa matéria.

A solução proposta constitui, no nosso entender, um compromisso razoável entre a aplicação uniforme e especializada do Direito da Concorrência

em primeira instância, sem prejuízo de assegurar, em segunda instância, que as matérias de direito administrativo sejam reapreciadas pelos tribunais mais bem apetrechados para o fazer.

Lamenta-se que este entendimento não tenha merecido a atenção da AdC, que não se pronunciou sobre o tópico. Cremos, todavia, ser um tema cuja abordagem – embora inovadora – se reveste de grande importância e que, enquanto tal, gostaríamos de ver reconhecido.

8. CONCLUSÃO

Resulta do *supra* exposto que o Direito da Concorrência se encontra atualmente num momento de indefinição. É nosso entendimento que não existe momento mais adequado do que este, em que a AdC se prepara para uma alteração à LdC, para ponderar todas as questões aqui levantadas.

Em primeira linha, deve-se analisar o papel do Direito da Concorrência no que concerne aos meios de obtenção de prova. Depois, deve ocorrer uma limitação às permissões de buscas domiciliárias que, com esta Proposta da AdC, se veem mais facilitadas. Por outro lado, deve existir, finda a fase de instrução do processo, um maior detalhe no valor da coima a ser aplicada aos visados. Ainda, é necessário ponderar a (in)constitucionalidade da norma que estatui a responsabilidade solidária pelo pagamento das coimas. Por último, crê-se ter chegado ao fim o papel do Ministério Público na fase de julgamento dos processos que correm termos no Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, por motivos de igualdade.

Retira-se desta Diretiva ECN+ que a AdC vai ganhando cada vez mais poder, enquanto que os visados não ganham mais meios para se defender desse mesmo poder. Há, assim, uma crescente desigualdade de armas que urge ser reapreciada.

Cabe, então, ao legislador o ónus desta tão necessária reestruturação, que tem como objetivo a harmonização dos vários aspetos do Direito da Concorrência e em prol dos direitos fundamentais dos visados, que têm vindo a ser, sucessivamente, postos de lado.

BIBLIOGRAFIA

DIAS, AUGUSTO SILVA

2018 *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra; Edições Almedina.

SILVA, MIGUEL MOURA E

2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra; Edições Almedina.

Documentos Oficiais

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2020 *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ – Relatório sobre a Consulta Pública*, 31.03.2020, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20%E2%80%93%20Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%Ablica.pdf.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23.04.1992, acórdão n.º 158/92.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23.04.1992, acórdão n.º 344/93.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 18.10.1995, acórdão n.º 574/95.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 02.07.1997, acórdão n.º 469/97.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23.12.2008, acórdão n.º 632/2008.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 11.10.2011, acórdão n.º 461/2011.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15.11.2011, acórdão n.º 537/2011.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 09.01.2014, acórdão n.º 45/2014.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 26.02.2014, acórdão n.º 180/2014.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 12.05.2016, acórdão n.º 297/2016.