

O dever de fundamentação das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência em Processo Sancionatório

SARA M. RODRIGUES*

“Il conflitto tra accusa e difesa non può essere risolto in base ad un atto di fede”

Paolo Tonini

Sumário: Introdução. 1. Decidir e fundamentar: dilucidação de conceitos. 1.1. O que se entende por decidir. 1.2. O que se entende por fundamentar. 2. As decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência em processo sancionatório por violação das normas da Concorrência. 2.1. Conteúdo mínimo da decisão. 2.2. Condensação do dever de fundamentação das decisões. 3. O dever de fundamentação das decisões como contraponto dos poderes da Autoridade da Concorrência. 4. Conclusões.

O presente texto corresponde a relatório apresentado no seminário de Metodologia do Direito, orientado pelo Senhor Professor Doutor António Barbas Homem, no âmbito do curso de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2011/2012.

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

Introdução

É princípio basilar do nosso ordenamento jurídico a não denegação de justiça e, como tal, o dever, quer dos tribunais, quer dos órgãos da Administração Pública chamados a instruir processos sancionatórios, de decidirem, à luz do direito aplicável e dos princípios conformadores da ordem jurídica, a questão decidenda.

Questão diferente do dever de decidir, é a questão relativa ao dever de fundamentação das decisões. Que decisões têm de ser fundamentadas? Qual o núcleo essencial desse dever?

No presente trabalho escrutina-se o dever de fundamentação das decisões proferidas, em processo sancionatório, pela Autoridade da Concorrência, enquanto entidade administrativa incumbida da missão de assegurar o respeito pelas regras de concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores.

Tratando-se de uma entidade pública dotada, como veremos, de vários poderes de investigação, os quais cumula com poderes decisórios, a nível sancionatório, podendo aplicar pesadas coimas às empresas, bem como sanções acessórias, esses poderes têm de ter como contraponto as garantias (de defesa) das empresas.

Um desses deveres é, assim, o de fundamentação das suas decisões, sejam ou não recorríveis – salvo despachos de mero expediente –, através do qual se concretiza não só o direito ao recurso, por parte dos agente diretamente visados pelas decisões, mas um efetivo poder de controlo externo da atuação da Instituição em causa.

Pretende-se, assim, perceber qual o núcleo mínimo de uma decisão proferida pela Autoridade da Concorrência, em processo sancionatório, e de que forma, com a exigência de fundamentação, se garante, com eficácia, os direitos de defesa das partes envolvidas, bem como o direito/dever de fiscalização/controlo que incumbe a todos nós, enquanto cidadãos.

1. Decidir e fundamentar: dilucidação de conceitos

1.1. O que se entende por decidir

A palavra decidir, na sua origem latina, vem de *decidere*, soltar o nó, extinguir o ponto de discórdia, acabar com a controvérsia.

Decidir significa tomar uma resolução ou determinação; emitir um parecer, um juízo, acerca de determinada questão.

A decisão é um ato de individualização das normas gerais que devem ser aplicadas. E tal individualização apresenta-se necessária porque um caso concreto não pode ser decidido somente por uma norma geral¹.

Decidir sobre a responsabilidade de um facto que questionou a ordem jurídica e sobre a reposição desse equilíbrio de modo a reestabelecer a paz jurídica é uma exigência do próprio sistema jurídico².

Como refere Sérgio Poças, decidir é tudo no processo, na medida em que é na decisão e só na decisão que tudo se decide³.

O processo de elaboração de uma decisão, sendo um processo complexo, assenta num modelo racionalizado que obedece sempre a uma estrutura intersubjetiva, contraditória e necessariamente pública.

A decisão deve informar de forma compreensível os seus destinatários do conteúdo decidido, de modo a que seja perfeitamente percebida pelos vários auditórios e, por outro lado, permitir o controlo pelas instâncias de recurso⁴.

¹ Neste sentido, Kelsen, Hans “*Teoria Geral das Normas*”, SAFE, Porto Alegre, 1986; p. 120.

² Neste sentido, Lopes, José António Mouraz “*A fundamentação da sentença no sistema penal português*”; Almedina, Coimbra, 2011; p. 11.

³ Neste sentido, Poças, Sérgio “*Da sentença penal – fundamentação de facto*”, in *Julgar*, n.º 3, setembro-dezembro 2007.

⁴ Neste sentido, Lopes, José Mouraz “*Gestão processual: tópicos para um incremento da qualidade da decisão judicial*”, in *Julgar*, n.º 10, janeiro-abril 2010.

1.2. O que se entende por fundamentar

Fundamentar é demonstrar as razões, os motivos, o núcleo onde assenta cada escolha.

O fundamento dá a razão da verdade do conhecimento. Por um lado é anterior à verdade porque a fundamenta, por outro, é-lhe interior porque faz parte da verdade reflexamente conhecida. É o que dá consistência ao conhecimento e o ilumina por dentro⁵.

Segundo Alexy, fala-se de fundamentação quando se oferecem razões perante uma objecção ou uma dúvida. Quando se justifica, de forma coerente e objectiva, aquilo que se afirma⁶.

Só existe fundamentação quando há um conteúdo que exprima a justificação do que é afirmado, não faltando qualquer elemento que o deva constituir.

O fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é a causa, a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão foi ditada num sentido e não noutro. Em suma, possibilita o entendimento ou a justificação racional da coisa, da qual é causa. O fundamento ou razão suficiente explica porque a coisa pode ser ou comportar-se de determinada maneira⁷.

Em termos decisórios, podemos afirmar que a fundamentação é um acto de transparência, de verdade. Ao fundamentar, o julgador, “*após séria e serena reflexão, elabora um texto claro enxuto, conciso e completo (...) onde em discurso argumentado – para ser convincente – expondo-se, expõe a decisão e as suas razões*”⁸.

Como afirma Mouraz Lopes, fundamentar uma decisão é expor as razões justificativas de uma escolha efectuada, através de um processo de argumentação, pelo que se exige ao decisor a capacidade de refletir, ponderar e transmitir essa reflexão para o exterior através da própria decisão⁹.

⁵ Cf., Gaspar, L. Ruas “*Enciclopédia Luso Brasileira da Cultura*”, Editorial Verbo, Lisboa; p. 1794.

⁶ Cf., Alexy, Robert “*Teoria de la argumentacion Jurídica*”; in Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), p. 52.

⁷ Neste sentido, Giacomolli, Nereu José “*Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais*”, in Revista Ibero Americana de Ciências Penais, ano 5, n.º 11, 2004, p. 71.

⁸ Neste sentido, Poças (nota 5), p. 23.

⁹ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 139.

Para este autor, é diferente decidir e expressar os motivos pelos quais a decisão foi tomada, existindo autonomia conceptual dos deveres de fundamentação e decisão¹⁰.

A distinção entre decidir e fundamentar traduz-se em termos normativos, em sede processual penal, nos artigos 365.º e 372.º do Código de Processo Penal. Enquanto o primeiro destes dispositivos refere que “*cada juiz e cada jurado enunciam as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção (...)*” (artigo 365.º, n.º 3, CPP), o segundo afirma que “*a leitura da fundamentação ou, se esta for muito extensa, de uma sua súmula, bem como do dispositivo, é obrigatória, sob pena de nulidade*” (artigo 372.º, n.º 3, CPP).

Como refere Iacovello, julga-se para se decidir, após o que se justifica o que se decidiu¹¹. O processo argumentativo utilizado pelo órgão decisor na construção do processo de justificação que consubstancia a fundamentação deve ser coerente entre si, não permitindo qualquer elemento contraditório¹².

2. As decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência em processo sancionatório por violação das normas da Concorrência

2.1. Conteúdo mínimo da decisão

Os processos sancionatórios por violação das normas jusconcorrenciais são processos instaurados pela Autoridade da Concorrência para sancionar práticas ou comportamentos legalmente tipificados e declarados puníveis como contraordenações, de que tenha tomado conhecimento, diretamente, por intermédio dos seus serviços, ou indiretamente, através de denúncias.

¹⁰ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 160.

¹¹ Cf., Iacovello, Francesco “*Motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*”; Giuffré, Milano, 1997; p. 750.

¹² Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 216.

Estes processos terminam, na sua fase administrativa, através da prolação de uma decisão, que será de arquivamento do processo ou de condenação das empresas infractoras, aplicando-lhes uma coima, e, sendo caso disso, uma sanção acessória.

A preparação e produção da decisão são caracterizadas pela sua ligação com uma discursividade técnica que integra todo o processo decisório, desde a interpretação das normas à qualificação dos factos, desde a produção da prova à deliberação do decisor, e, por último, à justificação das razões que motivaram a decisão¹³.

O artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência) dispõe que “*na determinação da medida da coima (...), a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios: a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; c) A duração da infração; d) O grau de participação do visado pelo processo na infração; e) As vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; g) A situação económica do visado pelo processo; h) Os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência;*

i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento”.

Ora, todos os critérios previstos neste normativo terão de ser cabalmente justificados pela Autoridade na concretização da medida da coima aplicada a uma empresa pela prática de determinada infração.

Por outro lado, também a aplicação de sanções acessórias implica uma fundamentação da necessidade da medida¹⁴.

¹³ Neste sentido, Borges, Hermenegildo Ferreira “*Teoria da argumentação e motivação judiciária*”; in *Polícia e Justiça*, II série, n.º 5, 1994, p. 75.

¹⁴ Cf. artigo 71.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2011, de 8 de maio (“*Caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade da Concorrência pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, d[e] sanções acessórias*”).

O conteúdo mínimo das decisões encontra-se consagrado no artigo 58.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO)¹⁵, supletivamente aplicado, devidamente adaptado, aos processos contraordenacionais instaurados por violação das normas jusconcorrenciais¹⁶.

Dispõe esse preceito o seguinte: “1. *A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a) A identificação dos arguidos; b) A descrição do facto imputados, com indicação das provas obtidas; c) A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; 2 - Da decisão deve ainda constar a informação de que: a) A condenação se torna definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada (...); b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso o arguido e o Ministério Público não se oponham, mediante simples despacho; 3 - A decisão conterá ainda: a) A ordem de pagamento da coima no prazo máximo de 10 dias após o carácter definitivo ou o trânsito em julgado da decisão; b) A indicação de que em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo deve comunicar o facto por escrito à autoridade que aplicou a coima”.*

Estatui-se, assim, expressamente, que a decisão terá de ser fundamentada, e terá de ter, obrigatoriamente, a descrição dos factos imputados e a indicação das normas às quais os factos apurados, e dados como provados, são subsumidos.

Os requisitos previstos no artigo 58.º do RGCO visam assegurar ao arguido a possibilidade de exercício efetivo dos seus direitos de defesa, o que só poderá existir com um conhecimento perfeito dos factos que lhe são imputados, das normas legais em que se enquadram e das condições em que pode impugnar judicialmente aquela decisão.

Na fundamentação de facto corporiza-se o trabalho levado a cabo no âmbito da construção da decisão, designadamente, em termos de admissibilidade e valoração da prova coligida nos autos.

A prova deve ser avaliada relativamente a cada questão de facto, devendo o exame das provas produzidas sustentar-se num procedimento normativizado, que permita uma percepção racionalizada do modo como se chegou à decisão. Isto apesar das decisões não se poderem explicar, como defende Maria Clara Carvalho, por critérios de estrita racionalidade, na medida

¹⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as alterações posteriormente introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 outubro, Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 setembro, e Lei n.º 109/2001, de 24 dezembro.

em que na tomada de decisão também intervêm outros factores, mais subtis, por vezes imperceptíveis até ao próprio órgão decisor¹⁷.

A decisão deverá, assim, incorporar todos os elementos, de facto e de direito, que permitiram à Autoridade da Concorrência imputar determinada infracção a um agente económico, especificando todos os elementos de tipicidade da conduta e da responsabilidade e punibilidade da empresa.

2.2. Condensação do dever de fundamentação das decisões

Fundamentar uma decisão é construir um raciocínio válido logicamente onde uma premissa faz referência a uma norma jurídica geral, outra a considerações empíricas que se devem basear nos factos provados, sendo a conclusão a própria decisão¹⁸.

Na fundamentação das decisões são imprescindíveis elementos retóricos e de persuasão, como se cada decisão “*não fosse mais do que um capítulo no vasto livro que é a jurisprudência*”¹⁹.

A exigência de fundamentação é justificada, porque é por intermédio dela que o decisor convence a sociedade e as partes, principalmente a que venha a ser condenada, da sua decisão²⁰.

A escolha do decisor não pode ser arbitrária, obedecendo, necessariamente, a um processo racional, pelo que não é aceitável qualquer processo de decisão fundado exclusivamente em argumentos que se sustentem unicamente na autoridade de quem a profere.

Como refere Barbas Homem, citando Francis Bacon, “*a melhor lei é a que menos deixa ao arbítrio do juiz*”²¹.

¹⁶ Nos termos do disposto no artigo 59.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

¹⁷ Cf. Carvalho, Maria Clara Calheiros “*A base argumentativa na decisão judicial*”; in Julgar, n.º 6, 2008, p. 73. Para Marta João Dias, a “*decisão é uma opção resolutive, manifestação de uma voluntas autoritária. Reflete a ineliminável dimensão subjetiva com que o decisor carimba a resolução que profere. Porém, o facto de o sujeito ser inexpurgável da decisão, não implica que se caia num arbítrio*” (in “*A fundamentação do juízo probatório – breves considerações*”; in Julgar, n.º 13, janeiro-abril, 2011, p. 176).

¹⁸ Neste sentido, Malem Seña, Jorge F. “*Podem as «más pessoas» ser bons juizes?*”, in Julgar, n.º 2, maio-agosto 2007, p. 38.

¹⁹ Neste sentido, Homem, António Pedro Barbas “*Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial*”; in Julgar, n.º 2, maio-agosto 2007, p. 25.

A opção do Conselho da Autoridade da Concorrência, enquanto órgão decisor, é, assim, vinculada a regras, sendo efectuada através de um processo de eliminação e de escolha, entre diversas versões que se desenvolveram durante o procedimento em causa²².

Quando na decisão expõe de forma justificada a fundamentação das escolhas efectuadas no processo de decisão, a Autoridade limita concretamente o que foi a sua decisão e concretiza o objecto do processo, permitindo assegurar uma dimensão relevante do direito de defesa do destinatário da decisão através da interposição de recurso.

Na fundamentação da matéria de facto está em causa a justificação que permite o entendimento do processo de reconstrução de um acontecimento probatoriamente efectuado. A inter conexão entre as razões que justificam o modo como se efetuou essa reconstrução e as conclusões da relevância jurídica desses acontecimentos exige, mais do que uma separação ontológica dos dois momentos, uma inter conexão metodológica do seu entendimento²³.

Como refere Alexy, “*quem afirma que algo é justo afirma sempre e de algum modo simultaneamente que é correto. E quem afirma que algo é correto subentende que é susceptível de ser fundamentado, justificado, mediante razões*”²⁴.

O princípio basilar do dever de fundamentação das decisões decorre, a nível da Lei Fundamental, da 1.ª Revisão Constitucional, tendo-se concretizado através da introdução de um novo n.º 1 do artigo 205.º, que passou a dispor que “*as decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei*”.

Com a revisão constitucional de 1997 veio a precisar-se no texto da Constituição que “*as decisões (...) que não sejam de mero expediente são fundamentadas (...)*”.

²⁰ Neste sentido, Santos, Gilvan Macedo “*Sentença criminal – método prático e rápido para elaboração*”, 3.ª edição; Editora Decisum; 2010; p. 141.

²¹ Cf. Homem, António Pedro Barbas “*A lei da liberdade – Introdução histórica ao pensamento jurídico – Épocas Medieval e moderna*”, vol. 1, Editora Principia, Cascais, 2001; p. 266. Também Oliveira, Carlos alerta para o facto de “*o poder concedido ao decisor não [poder redundar] em arbítrio ou comprometer a sua necessária e imprescindível imparcialidade*” (in “*Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*”; in Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, volume XLIX, n.º 1 e 2, p. 180”).

²² Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 28.

²³ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 253.

²⁴ Neste sentido, Alexy, Robert “*Justicia como corrección*”; in Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), p. 163.

A densificação exigida ao legislador assenta nesta exigência constitucional de um mínimo de fundamentação, remetendo-se tão só para a lei ordinária a configuração do *quantum* e do como se deverá em cada caso consolidar a fundamentação das decisões²⁵.

O dever de fundamentação das decisões incorpora uma garantia integrante do próprio conceito de Estado de direito democrático²⁶, garantia essa que se estende aos destinatários das decisões proferidas, em processo sancionatório, pelas Autoridades Administrativas Independentes.

A fundamentação das decisões é, assim, perspectivada como um elemento de transparência democrática e de qualidade da justiça, intrínseco a todo o ato da Administração, acabando por lhe conferir a correspondente legitimidade constitucional²⁷.

Como afirma Gomes Canotilho, a compreensão da fundamentação das decisões é um princípio estruturante do poder judiciário²⁸.

O modelo constitucional português, deixando ao legislador ordinário o ónus de densificar o conteúdo da fundamentação, permite a sua modelação formal e a concretização de um conteúdo variável da fundamentação, não perdendo este, no entanto, o seu carácter de essencialidade²⁹.

Segundo Lenio Streck, “*a decisão é válida quando pode ser subsumida a uma lei e a lei é válida porque pode ser subsumida à Constituição*”³⁰.

É a própria Constituição que dispõe, assim, que nem os poderes das Autoridades são ilimitados, nem os meios de prova são todos admissíveis, e nem sequer o respectivo oferecimento, produção e avaliação ocorrem livremente e a todo o tempo³¹.

²⁵ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 89.

²⁶ Segundo Júlio César Oliveira o dever de fundamentação das decisões tem raízes antigas no ordenamento jurídico português, podendo ler-se nas Ordenações Manuelinas, livro III, título I, “*e porque as mais das vezes os julgadores não declaram nas sentenças (...) a causa ou causas em que se fundam a absolver ou condenar (...) mandamos que (...) declarem em suas sentenças (...) a causa ou causas, porque se fundam a condenar ou absolver, ou a confirmar ou revogar, dizendo especificadamente o que é que se prova e por que causas do feito se fundam a dar suas sentenças*” (citação retirada de Oliveira, Júlio César “*O princípio da livre convicção do juiz e o dever de fundamentação da decisão penal*”; FDUL; 2001; p. 76).

²⁷ Neste sentido, Gomes, Joaquim Correia “*A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais*”; in Julgar, n.º 6; 2008; p. 84.

²⁸ Cf. Canotilho, J.J. Gomes “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”; 3.ª edição; Almedina; Coimbra; 1999; p. 615.

²⁹ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 99.

³⁰ Cf. Streck, Lenio Luiz “*O problema da decisão jurídica em tempos pós positivistas*”; in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; volume LI; n.º 1 e 2; 2010; p. 238.

O legislador ao concretizar a liberdade de conformação que a Constituição lhe confere, não a pode reduzir de tal forma que, na prática, venha a inutilizar o princípio da fundamentação.

Como afirma o Tribunal Constitucional, ficou “*devolvido ao legislador, em último termo, o seu ‘preenchimento’, isto é, a delimitação do seu âmbito e extensão. Com efeito, o legislador constituinte consagrou o dever de fundamentação das decisões judiciais – fê-lo na revisão constitucional de 1982 –, em termos prudentes, evitando correr o risco de estabelecer uma exigência de fundamentação demasiado extensa e, por isso, inapropriada e excessiva. Daí o ter-se limitado a consagrar o aludido princípio ‘em termos genéricos’, deixando a sua concretização ao legislador ordinário. Isso não significa (...) que assiste ao legislador ordinário uma liberdade constitutiva total e absoluta para delimitar o âmbito da obrigatoriedade de fundamentação das decisões dos tribunais, em termos de esvaziar de conteúdo a imposição constitucional*”³².

No mesmo sentido se pronunciaram Gomes Canotilho e Vital Moreira: “*a fundamentação das decisões judiciais está dependente da lei, à qual compete definir o âmbito do dever de fundamentação, podendo garanti-lo com maior ou menor latitude. Todavia, a discricionariedade legislativa não é total visto que há-de entender-se que o dever de fundamentação é uma garantia do próprio conceito de Estado de direito democrático. [Pelo que se impõe] a fundamentação ou a motivação fáctica dos atos decisórios através de exposição concisa e completa dos motivos de facto, bem como das razões de direito que justificam a decisão*”³³.

A necessidade de fundamentação das decisões (de facto e de direito) é, assim, uma exigência constitucional num verdadeiro Estado de Direito, permitindo o controlo da sua legalidade pelos seus destinatários e, sobretudo, a sua sindicância pelos tribunais superiores, evitando-se, desse modo, qualquer livre arbítrio do julgador.

A Constituição revista deixa perceber uma intenção de alargamento do âmbito da obrigação constitucionalmente imposta de fundamentação das decisões judiciais, que passa a ser uma

³¹ Neste sentido, Matta, Paulo Saragoça “*A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*”; in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais; p. 233. Vide, também, no sentido de a exigência da fundamentação das decisões ser um imperativo constitucional, entre vários outros, Acórdão da Relação do Porto, de 17.10.1991, in www.dgsi.pt.

³² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 310/94, de 29.08.1994, in www.tribunalconstitucional.pt.

³³ In “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, 3ª ed., págs. 798/799.

obrigação verdadeiramente geral, comum a todas as decisões que não sejam de mero expediente, e de intensificação do respectivo conteúdo, já que as decisões deixam de ser fundamentadas ‘nos termos previstos na lei’ para o serem ‘na forma prevista na lei’. A alteração inculca, manifestamente, uma menor margem de liberdade legislativa na conformação concreta do dever de fundamentação.

Também em sede de jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é assumido o princípio da fundamentação das decisões como forma de legitimar a própria atividade dos órgãos decisores³⁴. Este Tribunal tem entendido que a fundamentação, além de garantir implicitamente o direito a um processo justo e equitativo, visa garantir a inexistência de decisões arbitrárias.

Para Eric Alt, a qualidade da justiça “*mede-se pela sua capacidade de defender os valores intrínsecos no coração das leis fundamentais e em especial na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sem isso a justiça não será nem legítima, nem ética, nem eficaz*”³⁵.

O Direito da Concorrência é de raiz Comunitária, e a propósito da necessidade de fundamentação das decisões da Comissão é também este o entendimento do Tribunal Geral da União Europeia: a fundamentação exigida pelo artigo 253º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia deve ser adaptada à natureza do ato em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição comunitária, autora do ato impugnado, de forma a permitir aos interessados conhecerem as razões da medida adoptada, de modo a defenderem os seus direitos, e ao órgão jurisdicional comunitário exercer a sua fiscalização. A exigência da fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, nomeadamente, do conteúdo do ato, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas a quem o ato diga direta e individualmente respeito possam ter em receber explicações.

Em sede *infra* constitucional, em termos de direito processual penal, a exigência de fundamentação é introduzida apenas no Código de Processo Penal de 1987, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, estabelecendo-se no n.º 4 do artigo 97.º, que os atos decisórios são sempre fundamentados. No que respeita à sentença, dispunha então o n.º 2 do

³⁴ Vide, neste sentido e entre muitos outros, Acórdão *Hiro Balani vs. Espanha*, de 09.12.2004.

³⁵ Cf., Alt, Eric “*A qualidade da decisão judicial*”, in Julgar, n.º 5, maio-agosto 2008, p. 17.

artigo 374.º: “*Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal*”.

A este nível de fundamentação das decisões judiciais, o Supremo Tribunal de Justiça fixou, com carácter obrigatório, jurisprudência no sentido de que nos processos de transgressão era aplicável o regime de fundamentação em matéria de facto previsto no artigo 374.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, regime também aplicável aos processos contraordenacionais, atualmente vigentes na nossa ordem jurídica³⁶.

A fundamentação da decisão justifica-a através de argumentos que a defendem perante quem é por ela atingido ou pretende controlá-la para verificar a sua legitimidade.

A obrigação de fundamentar as decisões constitui um verdadeiro factor de legitimação do poder público, contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre a qual repousa: o dever de dizer o direito no caso concreto. E, nessa medida, é garantia de respeito pelos princípios da legalidade, da independência da Administração e da imparcialidade das suas decisões.

O que significa que o dever de fundamentação das decisões prossegue quer finalidades de índole endoprocessual como finalidades de natureza extraprocessual.

A função endoprocessual visa essencialmente permitir ao órgão decisor, neste caso o Conselho da Autoridade da Concorrência, verificar e controlar a sua própria decisão, e permite aos sujeitos processuais, mormente a quem seja afectado pela decisão, pedir a sua reapreciação através de recurso, colocando o tribunal de recurso³⁷ em posição de expressar um juízo concordante ou discordante da decisão, de forma consciente e inequívoca.

³⁶ Vide, Acórdão do STJ, de 24.10.1996, in www.dgsi.pt.

³⁷ Atualmente, e conforme o disposto no artigo 84.º, n.º 3, do Novo Regime Jurídico da Concorrência, das decisões da Autoridade da Concorrência, proferidas em processo sancionatório, recorre-se, em primeira instância, para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

A fundamentação ajuda também o órgão decisor a objectivar e dar coerência ao seu raciocínio. Ou, na expressão de Daniel Terris, *“it’s when you draft that you see the problems and you try to solve them”*.

Ou seja, a dimensão endoprocessual desenvolve-se no interior da estrutura e funcionamento do processo tendo como finalidade principal o controlo da decisão por parte dos intervenientes no processo concreto.

Na sua dimensão endoprocessual, o dever de fundamentar as decisões corresponde à garantia das partes de influir sobre a decisão, em condições de igualdade, dando-lhes a oportunidade de verificar se e de que modo essa influência terá ocorrido, assim como as razões pelas quais deixou de acontecer, na medida em que tenham tido a concreta possibilidade de se valer de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual.

Por seu lado, a função extraprocessual torna possível um controlo externo sobre a fundamentação factual e jurídica da decisão, garantindo a transparência do processo decisório.

Da finalidade extraprocessual da fundamentação decorre uma exigência de concisão, pelo que a concretização da fundamentação deve processar-se de forma a que as decisões possam ser compreensíveis e acessíveis a todos os cidadãos.

Na medida em que se pretende que a decisão seja um documento auto suficiente, a mesma tem de se bastar por si própria, sendo em si mesma compreendida pelos sujeitos processuais e pelos cidadãos em geral.

Assim, desde logo, a fundamentação das decisões contribui para a sua eficácia, já que esta depende da persuasão dos respectivos destinatários e da comunidade jurídica em geral.

Pelo que, para que se concretizem, quer as finalidades que se prendem com o controlo interno, quer as que se referem ao controlo externo da decisão, tem de se justificar, no seu texto, todas as questões que foram objecto de apreciação, tanto em termos de matéria de facto como em matéria de direito.

A fundamentação adquire, pois, uma conotação mais ampla, transcendendo o âmbito processual. Pelo que os destinatários da fundamentação da decisão, ou melhor, da decisão fundamentada, não serão só os sujeitos processuais mas também a opinião pública³⁸.

Como afirma Mouraz Lopes, a “*concretização do princípio constitucional da obrigação de fundamentação das decisões implica (...) um conjunto de corolários que decorrem diretamente das normas constitucionais. Desde logo, trata-se de uma obrigação de natureza geral, com carácter indisponível, com um conteúdo sujeito ao princípio da completude e vinculado a uma exigência de publicidade. Por outro lado, a afirmação constitucional do princípio da fundamentação das decisões implica a consagração do princípio do duplo grau de jurisdição*”³⁹.

O Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 374.º do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual a fundamentação das decisões em matéria de facto se basta com a simples enumeração dos meios de prova utilizados em primeira instância, não exigindo a explicitação do processo de formação da convicção do tribunal, por violação do dever de fundamentação das decisões dos tribunais previsto no n.º 1 do artigo 205.º da Constituição, bem como, quando conjugada com as normas das alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 410.º do mesmo Código, por violação do direito ao recurso consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa⁴⁰.

3. O dever de fundamentação das decisões como contraponto dos poderes da Autoridade da Concorrência

A Autoridade da Concorrência encontra-se munida de diversos poderes ao nível da investigação, mormente na fase de inquérito dos processos contraordenacionais, poderes que, em alguma

³⁸ Neste sentido, Fiori, Ariane Trevisan “*O dever de motivação das decisões penais como garantia política e processual*”; in Revista Ibero Americana de Ciências Penais; ano 4; número 8; janeiro-abril 2003; p. 78.

³⁹ Cf. Lopes (nota 4), p. 90.

⁴⁰ Vide, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 680/98, de 02.12.1998, in www.tribunalconstitucional.pt.

medida, saíram reforçados com a entrada em vigor do novo regime da concorrência, v.g., a Autoridade passou a poder fazer buscas domiciliárias⁴¹.

Na fase de inquérito, a Autoridade tem, nomeadamente, os seguintes poderes:

- a) Interrogar a empresa e demais pessoas envolvidas, pessoalmente ou através de representante legal, bem como solicitar -lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;
- b) Inquirir quaisquer outras pessoas, pessoalmente ou através de representantes legais, cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar -lhes documentos e outros elementos de informação; c) Proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova; d) Proceder à selagem dos locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências; e) Requerer a quaisquer serviços da Administração Pública, incluindo as entidades policiais, a colaboração que se mostrar necessária ao cabal desempenho das suas funções⁴².

A Autoridade da Concorrência tem, ainda, poderes mais específicos, como o decretamento de medidas cautelares, mediante despacho fundamentado⁴³.

⁴¹ No inovador artigo 19.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, lê-se, sob a epígrafe “*Busca domiciliária*” que “*Existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência*” (n.º 1 do artigo 19.º).

Também neste caso a fundamentação é exigida, sendo que 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*” (n.º 2).

⁴² Cf. o disposto no n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁴³ Neste sentido, estatui o artigo 34.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio: “*Sempre que as investigações realizadas indicem que a prática que é objeto do processo está na iminência de provocar prejuízo, grave e*

Num Estado de Direito democrático, a cada poder público tem necessariamente de corresponder uma garantia (de defesa) dos agentes visados por aqueles poderes.

A Lei da Concorrência confere inúmeras garantias de exercício do direito de defesa ao longo de todo o processo, *v.g.*, através do direito ao contraditório e do acesso aos autos.

Nomeadamente, como contraponto do poder de inquirição e de solicitação de elementos às empresas, a Autoridade da Concorrência tem o dever se, sempre que solicitar, por escrito, documentos e outras informações a empresas ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, instruir o respectivo pedido, de entre outros elementos, com a base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do pedido⁴⁴.

Mas se os poderes da Autoridade saírem reforçados, em certa medida, com a nova Lei, também houve um reforço das garantias dos sujeitos processuais.

Com o novo regime a Autoridade, aquando da instauração de um procedimento contra-ordenacional, passou a ter de justificar quais as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência que determinam a abertura do inquérito, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a sua missão⁴⁵.

Por outro lado, a decisão de arquivamento de uma denúncia, que terá igualmente de ser fundamentada, poderá ser objecto de recurso, para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, por parte do autor da mesma⁴⁶. Da mesma forma, também as decisões de

irreparável ou de difícil reparação para a concorrência, pode a Autoridade da Concorrência, em qualquer momento do processo, ordenar preventivamente a imediata suspensão da referida prática restritiva ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo”.

⁴⁴ *Cf.*, artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁴⁵ *Cf.*, artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁴⁶ *Cf.*, artigo 8.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

arquivamento dos processos, que tenham sido originados em denúncia, serão notificadas aos denunciantes, que podem recorrer das mesmas⁴⁷.

Visa-se, assim, proteger os direitos não só das empresas visadas mas dos vários intervenientes processuais.

Por sua vez, a exigência de fundamentação das decisões torna-se crucial enquanto corporiza e possibilita, em termos eficazes, duas instâncias de controlo, o (duplo) recurso judicial e o juízo da opinião pública.

Não basta ao decisor decidir “*em função de um raciocínio silogístico e lógico dedutivo puramente formal. O que decide, como decide o que escreve, como escreve, é [...] objeto de apreciação e avaliação, não só efectuada pelos «canais» internos de intervenção procedimental para efeitos de recurso, mas sobretudo pelo controlo informal decorrente da emersão das decisões para a opinião pública*”⁴⁸.

O reconhecimento da obrigação de fundamentar as decisões é significativo nas sociedades pluralistas que não encaram a tradição e a autoridade como fontes de legitimidade ou de consenso⁴⁹.

No caso do Direito da Concorrência, a preocupação com o crivo da opinião pública foi enfatizado no Novo Regime, dispondo a Lei n.º 19/2012, no seu artigo 90.º, n.º 1, que a “*Autoridade da Concorrência tem o dever de publicar na sua página eletrónica a versão não confidencial das decisões (...), referindo se as mesmas estão pendentes de recurso judicial*”.

Segundo José Mouraz Lopes, na sociedade atual, as pessoas exigem decisões legítimas, dotadas de autoridade, mas justificadas. Pelo que, nesse sentido, a responsabilidade do julgador passa por justificar as suas decisões, dando a conhecer as razões pelas quais decidiu⁵⁰.

E se existe alguma discricionariedade na elaboração da decisão, tal não dispensa o órgão decisor de procurar uma só solução para o caso concreto: aquela que considere de forma fundamentada, à

⁴⁷ Cf., artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

⁴⁸ Cf., Lopes, José Mouraz “*Formação de juizes para o século XXI – Formar para decidir. Formar para garantir*”; in Julgar; n.º 4; janeiro-abril 2008; p. 144-145.

⁴⁹ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 55.

⁵⁰ Cf. Lopes (nota 4), p. 56.

luz de todos os elementos, de facto e de direito, de que disponha, como a melhor do ponto de vista da defesa do interesse público.

Ou seja, a Lei não confere ao órgão administrativo competente, *in casu*, o Conselho, a liberdade para escolher qualquer solução que respeite o fim da norma, mas obriga-o a procurar a melhor solução para a satisfação do interesse público, de acordo com os princípios jurídicos imanentes à atuação da Administração⁵¹. E a escolha da melhor solução será posteriormente sujeita ao escrutínio dos Tribunais.

Ao decisor é exigido um conjunto de garantias que surgem como condição de legitimação do exercício dos poderes que assume. Trata-se, “*por um lado do conjunto de garantias positivas asseguradas pela estrutura normativo-constitucional que assegura a independência e a imparcialidade das estruturas jurisdicionais face aos cidadãos, às organizações e aos restantes poderes do Estado. Por outro lado, trata-se de exigir a quem julga um conjunto de deveres e exigências ético-jurídicas que funcionam como contraponto à sustentabilidade daquelas garantias*”⁵².

A exigência de fundamentação surge, assim, como contraponto ao poder de condenar, possibilitando o escrutínio da decisão proferida pela entidade administrativa.

Através da fundamentação das decisões, apresenta-se uma justificação racional susceptível de ser não só percebida como criticamente valorada pelos cidadãos, destinatários diretos, ou não, da decisão em causa.

Segundo Germano Marques da Silva, “*a eficácia do recurso depende substancialmente da fundamentação e da possibilidade de comprovação pelo tribunal de recurso dos pressupostos da decisão*”⁵³.

⁵¹ Neste sentido, Condesso, Joaquim “*Discricionariedade da administração fiscal*”; in Julgar; n.º 15; 2011; p. 152. Segundo Lawrence B. Solum, o bom decisor deve especial fidelidade ao direito e à sua coerência, sendo que a integridade decisória seria aquilo a que Aristóteles chamaria uma virtude moral: é um aspeto do carácter do julgador que cria uma inclinação para escolher de uma determinada maneira (Solum, Lawrence “*As virtudes e os defeitos de um juiz: um guia aristotélico para o recrutamento de juizes*”; Julgar; n.º 7; 2009; p. 27).

⁵² Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 61.

⁵³ Cf. Silva, Germano Marques “*Registo da prova em processo penal. Tribunal coletivo e recurso*”; in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues; volume I; Coimbra Editora; Coimbra; 2001; p. 806.

O recurso não pode ser entendido somente como o desenvolvimento do princípio do duplo grau, integrando o desdobramento dinâmico das garantias do contraditório e da ampla defesa.

A fundamentação das decisões permite concretizar o direito de defesa das empresas, pelo que a falta de fundamentação deverá sempre acarretar nulidade da decisão. Sendo que do mesmo vício deverão padecer decisões com fundamentação insuficiente.

A exigência de fundamentação – salvo nos despachos de mero expediente – é independente da existência ou não de controlo jurisdicional através de recurso/impugnação judicial. O que significa que as decisões que não admitem recurso também exigem uma fundamentação, na medida em que o que está em causa é a garantia do cumprimento das finalidades extraprocessuais da fundamentação das decisões assentes na vertente legitimadora⁵⁴.

A constitucionalização do dever de fundamentação das decisões demonstra o carácter da projeção democrática da fundamentação das decisões.

A fundamentação da valoração da prova assume uma relevância especial em Direito da Concorrência, atenta a sensibilidade das sanções, quer pecuniárias quer acessórias, aplicadas às empresas no âmbito dos procedimentos em causa.

A prova, entendida como atividade, traduz-se numa garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, e enquanto demonstração da realidade dos factos, não pode alcançar-se a qualquer preço, mas somente através de meios lícitos, exigindo-se a fundamentação das decisões de modo a permitir a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade⁵⁵.

4. Conclusões

A Autoridade da Concorrência, ao tomar conhecimento, de forma direta ou através de denúncia, de ilícitos contra-ordenacionais, por violação das normas jusconcorrenciais, instaura os respectivos procedimentos sancionatórios.

⁵⁴ Neste sentido, Lopes (nota 4), p. 93-94.

⁵⁵ Neste sentido, Silva, Germano Marques “*Curso de Processo Penal*”, vol. II, Verbo; Lisboa; 1993; p. 78.

Estes processos terminam, na sua fase administrativa, através da prolação de uma decisão, que será de arquivamento do processo ou de condenação das empresas infractoras, aplicando-lhes uma coima, e, sendo caso disso, uma sanção acessória.

As decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência no âmbito de processos sancionatórios têm de ser fundamentadas, contendo a descrição dos factos imputados e a indicação das normas às quais os factos se subsumiram.

As decisões têm, assim, de incorporar todos os elementos, de facto e de direito, que permitiram à Autoridade da Concorrência imputar determinada infracção a um agente económico, especificando todos os elementos de tipicidade da conduta e da responsabilidade e punibilidade da empresa.

A obrigação de fundamentação das decisões assenta numa exigência constitucional, preceituando a Lei Fundamental que nem os poderes das Autoridades são ilimitados, nem os meios de prova são todos admissíveis.

Através da fundamentação das decisões, cumpre-se uma dupla função. A função endoprocessual visa permitir ao órgão decisor, neste caso o Conselho da Autoridade da Concorrência, verificar e controlar a sua própria decisão, e permite aos sujeitos processuais e a quem seja afectado pela decisão pedir a sua reapreciação através de recurso, colocando o tribunal de recurso em posição de expressar um juízo concordante ou discordante da decisão, de forma consciente e inequívoca.

A função extraprocessual torna possível um controlo externo sobre a fundamentação factual e jurídica da decisão, garantindo a transparência do processo decisório.

A exigência da fundamentação das decisões surge, também, como contraponto dos poderes de investigação, e sancionatórios, de que a Autoridade da Concorrência dispõe no cumprimento da sua missão.

Como num Estado de Direito democrático, como o nosso, a cada poder público tem necessariamente de corresponder uma garantia de defesa dos agentes visados por aqueles poderes, a Lei da Concorrência confere inúmeras garantias de exercício do direito de defesa ao longo de todo o processo, *v.g.*, através do direito ao contraditório e do acesso aos autos.

A exigência de fundamentação surge, assim, como contraponto ao poder de condenar, possibilitando o escrutínio da decisão proferida pela entidade administrativa, e possibilita, em termos eficazes, duas instâncias de controlo, o (duplo) recurso judicial e o juízo da opinião pública.