

UM OLHAR “COMERCIAL” SOBRE O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

FÁTIMA REIS SILVA

Partindo da experiência resultante da aplicação concreta das regras sancionatória do direito da concorrência no Tribunal de Comércio de Lisboa, o texto faz uma reflexão integrando o diagnóstico de alguns problemas e as dificuldades práticas sentidas, quer na aplicação do regime sectorial em causa, quer na sua conjugação com o Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas e respectivo direito subsidiário.

1. INTRODUÇÃO

O direito da mera ordenação social, nascido do crescente intervencionismo do Estado e como realização da visão do direito penal como última *ratio*, foi pensado entre nós como concretização do princípio da subsidiariedade, que pressupunham a sua autonomia e diferenciação¹.

A sua génese legislativa e evolução, porém, não só nunca concretizaram de forma plena esta autonomia como a foram minando, sendo o actual panorama de descaracterização do regime do ilícito de mera ordenação social e de aproximação vincada aos institutos e figuras do direito penal².

O alargamento das áreas de intervenção do direito contra-ordenacional, nomeadamente a áreas de grande complexidade quer técnica, quer económica, ditou a previsão de coimas com elevadas molduras abstractas e um leque variado de sanções acessórias aplicáveis. Criaram-se vários regimes sectoriais especiais e especialíssimos, regidos pela lei quadro das contra-ordenações com particularidades, desvios e excepções. A par de tudo isto, sem qualquer desprimor para todos os autores que foram tentando trabalhar neste domínio, nunca se construíram ou lançaram, verdadeiramente, as bases dog-

¹ Cfr. Correia, Eduardo *in* Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social e Dias, Figueiredo *in* O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, ambos *in* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, págs. 3 e ss. e 19 e ss.

² Cfr. Costa Pinto, Frederico *in* O Ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal, RPCC, Ano 7.º, fasc. 1.º, Janeiro-Março 1997, págs. 7 e ss. e, em especial, págs. 15 e ss.

máticas de uma teoria geral do ilícito de mera ordenação social, facto a que não será alheia a evolução legislativa que foi sofrendo.

Este cenário, enleado com uma crescente aplicabilidade das contra-ordenações e com a complexidade técnica de muitas das matérias abrangidas pelo seu regime geral, têm criado aos intérpretes e aplicadores do direito grandes dificuldades, substantivas e processuais, e uma árdua tarefa quotidiana de interpretação, ponderação e adequação.

Muitos dos problemas são genéricos e prendem-se com o próprio regime geral das contra-ordenações. Outros são específicos e radicam nas normas especiais de determinados regimes sectoriais.

Com o presente texto pretende-se enumerar alguns destes problemas e dificuldades práticas sentidas com a aplicação de um dos regimes sectoriais em questão, o direito sancionatório em matéria de concorrência, num momento histórico em que o Tribunal de Comércio de Lisboa detém ainda jurisdição nacional exclusiva nesta matéria.

Embora este seja um tema que escapa à matéria que ora se propõe à reflexão, não quero deixar de frisar, com uma nota de preocupação, a previsível evolução legislativa em matéria de competência para a apreciação dos recursos das decisões da Autoridade da Concorrência.

Neste momento encontram-se ainda em vigor os arts. 50.º e 52.º da Lei n.º 18/2003, de 18-06, na sua versão originária, que determinam a competência ao Tribunal de Comércio de Lisboa para conhecer dos recursos das decisões da Autoridade da Concorrência em 1.ª instância e do Tribunal da Relação de Lisboa em 2.ª instância.

Tais preceitos foram alterados pela Lei n.º 52/2008, de 28-08 (Nova Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), na qual se passou a estabelecer a competência do juízo de comércio da “respectiva” comarca, do juízo de comércio da comarca sede de distrito caso o primeiro não exista e do juízo de comércio de Lisboa caso não exista juízo de comércio na comarca sede de distrito.

A competência, conjugando com o art. 61.º do RGCOG, pertencerá ao juízo de comércio em cuja área territorial se tiver consumado a infracção (ou o último acto de execução ou preparação em caso de não consumação), ou seja, nos termos do art. 6.º do mesmo diploma, o lugar em que total ou parcialmente e sob qualquer forma de participação, o agente actuou, devia ter actuado ou aquele em que o resultado típico se tenha produzido.

Bastará uma leitura rápida dos arts. 4.º 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 18-06, para verificar a dificuldade de aplicação dos critérios de competência territorial à maioria das infracções concorrenciais. Estar-se-á, regra geral, ante práticas que se fazem sentir em todo o mercado nacional, com a participação de vários agentes, possivelmente espalhados por vários pontos do país ou mesmo fora dele, em que os actos de execução ou preparação serão praticados por meios técnicos de comunicação à distância.

Com a consagração da regra do art. 50.º da Lei n.º 18/2003, de 18-06, na sua versão original, o legislador pretendeu garantir especialização e har-

monização, sendo que a dimensão do nosso mercado faria prever como suficiente um único tribunal de 1.^a instância e de 2.^a instância.

Notoriamente, a opção legislativa mudou. Desconhecendo os contornos dessa opção e não criticando, por princípio, opções de política legislativa, não posso deixar de lamentar a diluição de quase seis anos de especialização e de construção de jurisprudência com uma preocupação de uniformidade e coerência e, principalmente, referir que as questões relativas à determinação da competência territorial virão, com grande probabilidade, trazer acrescidas dificuldades nesta matéria, com claro prejuízo da celeridade, da uniformidade e da segurança jurídica.

2. O(S) PROBLEMA(S)

Sem qualquer pretensão de exaustão, a presente análise apenas se debruçará sobre questões colocadas ou surgidas no âmbito dos diplomas legais ora em vigor — o Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas — DL n.º 433/82, de 27-10, na versão resultantes das alterações operadas pelos Decretos-Leis n.ºs 356/89, de 17-10, 244/95, de 14-09, e Lei n.º 109/2001, de 24-12 (doravante RGCO) — e a Lei da Concorrência (doravante LdC) — Lei n.º 18/2003 de 18-06³.

Anota-se que a Autoridade da Concorrência (doravante AdC), além das matérias previstas neste diploma, tem ainda competência de instrução e decisão relativamente aos ilícitos contra-ordenacionais previstos no DL n.º 370/93, de 29-10 (as vulgarmente designadas “vendas com prejuízo” (por, de entre os ilícitos ali previstos, serem as de maior frequência), nos termos do art. 5.º, n.º 1, al. b), do DL n.º 10/2003, de 18-01 (Estatutos da AdC), que não se regem pela LdC mas tão somente pelo RGCO, pelo que na mesma autoridade administrativa se processam e decidem contra-ordenações sob dois regimes diversos: geral e especial.

Efectivamente a LdC prevê um dos regimes sectoriais em matéria de ilícitos de mera ordenação social, contendo especialidades quer a nível adjetivo, quer mesmo a nível substantivo.

As infracções previstas na LdC estão caracterizadas como contra-ordenações puníveis com coima — cfr. arts. 42.º e 43.º do referido diploma.

Precisamente nestes preceitos surge uma primeira dificuldade de monta: nos termos do art. 5.º do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho de 16-12-2002 as autoridades nacionais em matéria de concorrência têm competência para aplicar os arts. 81.º e 82.º do Tratado, podendo, nomeadamente, aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista no respectivo direito nacional. A LdC prevê mesmo a regulação dos processos por infracção ao disposto nos arts. 81.º e 82.º do Tratado, erigindo em direito subsidiariamente aplicável o RGCO — cfr. art. 22.º da LdC.

³ Alterada pelo DL n.º 219/2006, de 02-11, e pela Lei n.º 18/2008, de 29-01.

O art. 42.º da LdC prescreve que a infracção das normas de direito comunitário cuja observância seja assegurada pela autoridade constitui contra-ordenação, punível nos termos do capítulo em que se insere. No entanto o mesmo capítulo não prevê qualquer coima ou sanção para a violação dos arts. 81.º e 82.º do Tratado.

A questão já foi apreciada jurisdicionalmente e, estando-se perante infracções, simultaneamente à lei nacional e às normas comunitárias, o tribunal não pôde, em observância ao disposto no art. 1.º do RGCOG, punir a violação das normas comunitárias em concurso com a infracção da lei nacional, tendo a violação do Tratado sido apreciada como uma circunstância agravante geral, i.e. tida em conta na medida concreta da sanção, entendimento que não veio a ser censurado pelo Tribunal da Relação de Lisboa em sede de recurso.

Entrando na matéria que mais dificuldades tem suscitado — o regime adjectivo — refira-se que, nos termos do art. 7.º dos seus Estatutos, a AdC tem poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

Os arts. 19.º, 20.º e 21.º da LdC regulam os procedimentos respectivos, em sede geral.

O art. 19.º, no tocante aos procedimentos sancionatórios, consagra que estes respeitam os princípios da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e os demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo, bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

Este preceito, já apontado como “... uma das disposições mais bizarras da LdC, ...”⁴ tem sido objecto de várias tentativas de “explicação” por parte da doutrina⁵, e origina a repetida invocação do direito administrativo nos procedimentos sancionatórios por parte de sujeitos e intervenientes processuais.

O art. 22.º, que abre a secção da lei dedicada aos processos por infracção do disposto nos arts. 4.º, 6.º e 7.º, bem como 81.º e 82.º do Tratado, prescreve que a estes procedimentos se aplicam as normas do diploma e, subsidiariamente, o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

O Tribunal de Comércio, de forma constante, tem vindo a excluir a aplicabilidade do CPA nos procedimentos sancionatórios de natureza contra-ordenacional, não obstante o disposto no art. 19.º da LdC, partindo da natureza da infracção e constatando a existência de poderes sancionatórios da AdC que não passam pela investigação e decisão de processos relativos a contra-ordenações ou à aplicação de coimas — cfr., por exemplo, o art. 46.º da LdC ou o art. 28.º, n.º 1, al. b), do mesmo diploma — daí concluindo que este

⁴ Mendes Pereira, Miguel, *in* LdC Anotada, Coimbra Editora, 2009, pág. 265.

⁵ Cfr. autor e local citados na nota anterior, pág. 268, e Dantas, Leones *in* Procedimentos de Natureza Sancionatória no Direito da Concorrência, Sub Judice n.º 40, Julho-Setembro 2007, pág. 99 e ss., em especial pág. 102.

art. 19.º encontra o seu conteúdo útil no tocante à aplicabilidade dos princípios de procedimento administrativo nestas matérias.

Temos na LdC, em geral, e no tocante às infracções mais relevantes, vários focos de especialidades relativamente ao RGCOOC — os arts. 17.º a 18.º, 19.º, 22.º a 29.º, 42.º a 48.º e 49.º a 55.º da LdC.

O primeiro passo, ao abordar qualquer questão, é sempre o da clarificação das regras de aplicação do direito subsidiário, a fazer nos termos do referido art. 41.º, n.º 1, do RGCOOC.

Mantendo em mente o disposto nos arts. 19.º e 22.º da LdC, em primeiro lugar há que olhar ao regime da LdC, seguidamente à Lei Quadro das Contra-Ordenações, após o que terá que se averiguar se é necessário e admissível, para regular determinada questão de direito contra-ordenacional, recorrer aos preceitos de direito processual penal. Se a resposta às duas questões (necessidade e admissibilidade) for positiva, terá ainda que se determinar se as regras processuais penais devem ser literalmente aplicadas ou se devem ser devidamente adaptadas à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenação⁶. Por vezes é ainda necessário recorrer ao direito subsidiário de terceira linha, ou seja, o Código de Processo Civil, *ex vi* art. 4.º do Código de Processo Penal, fazendo o mesmo raciocínio.

É este o quadro legal em que nos movemos e dentro do qual vamos buscando as soluções para as questões que vão surgindo e nos vão sendo colocadas.

Há ainda um outro dado da maior importância e que tem de ser mantido em presença ao interpretar e aplicar estas normas e para aferir da necessidade e admissibilidade da aplicação de normas subsidiárias.

É impossível desligar o historial da defesa da concorrência em Portugal do direito comunitário principal e derivado, até porque a primeira legislação surge precisamente na sequência da nossa adesão à então CEE.

No plano estritamente substantivo, os preceitos fundamentais que se foram sucedendo na legislação nacional de defesa da concorrência têm transcrito, no essencial, os actuais arts. 81.º e 82.º do Tratado (antes arts. 85.º e 86.º), o que torna o recurso ao longo labor das instituições comunitárias imprescindível por parte do intérprete/aplicador em sede de procedimentos nacionais, quer nos casos de aplicação directa dos arts. 81.º e 82.º do Tratado, quer nos casos estritamente nacionais.

Tal realidade e o longo percurso que a ordem jurídica comunitária já percorreu em matéria de defesa da concorrência fazem com que a referência a esta (em sentido lato) abranja também muitas outras questões e aspectos, nomeadamente processuais.

Atravessamos um momento em que, por razões várias, entre as quais a própria criação da AdC e a actual conjuntura económica nacional, as decisões

⁶ Cfr. Oliveira Mendes, António de e Santos Cabral, José dos, *in* Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, pág. 105, 2.ª edição, em anotação ao art. 41.º

administrativas em matéria de concorrência se têm multiplicado e com elas os respectivos recursos jurisdicionais.

Os procedimentos, nomeadamente os procedimentos sancionatórios, são crescentemente complexos e vêm envolvendo a discussão e decisão de algumas questões que, sendo novas no ordenamento nacional, foram já tratadas a nível comunitário e objecto de múltiplas decisões quer da Comissão, quer dos tribunais comunitários. Tal torna “natural” que os envolvidos (não só a AdC, mas também os tribunais nacionais, o Ministério Público quando é chamado a intervir e as empresas objecto de procedimentos) olhem e apelem às decisões das instâncias comunitárias, muitas vezes importando para os procedimentos nacionais conceitos, noções e princípios desenvolvidos a nível comunitário.

Esta referência, absolutamente indispensável, às noções, conceitos e correntes de pensamento do quadro comunitário tem, porém, que ser efectuada com as devidas cautelas e adaptações.

Desde logo há que ter bem presente que é essencial determinar as condições de aplicabilidade da lei nacional e das regras comunitárias. Por outras palavras, é fundamental, no âmbito dos procedimentos sancionatórios, saber quando é que uma prática infringe a LdC e quando é que infringe o art. 81.º ou o art. 82.º do Tratado CE, sendo pressuposto da aplicação das regras comunitárias que a decisão violadora das regras da concorrência afecte o comércio entre os Estados membros⁷.

Nos casos em que nos situamos no âmbito estritamente nacional, há que, logo à partida, considerar que, no nosso ordenamento jurídico, a defesa da concorrência não está, nem nunca esteve ao serviço de objectivos como a integração ou o estabelecimento de um mercado único supra-nacional, objectivos que nortearam os primeiros tempos de definição de políticas de concorrência a nível comunitário. Embora política de concorrência e defesa da concorrência surjam, por assim dizer, dispostas numa relação vertical, sem que a primeira afecte os conceitos jurídicos, esta é uma realidade que convém manter em mente quando transpomos construções “comunitárias” para o nosso ordenamento jurídico.

Importa também não esquecer a diferente natureza dos ilícitos em causa numa e noutra ordem jurídicas: no direito nacional as infracções básicas têm a natureza de contra-ordenações, enquanto que no direito comunitário estamos ante ilícitos administrativos. Embora a discussão doutrinária sobre a intrínseca natureza dos ilícitos a nível comunitário seja antiga — com alguns autores a cominarem-lhe uma natureza quase-penal — juridicamente existe uma diferença assinalável.

⁷ Para ajudar a definir e a uniformizar a interpretação e o alcance que deve ser dado a esta noção, a Comissão emitiu uma comunicação com a epígrafe “Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (JO n.º C 101, de 27 de Abril de 2004).

Consequência da diferente natureza dos ilícitos e também fonte de cautelas por parte do intérprete aplicador do direito é o facto de os procedimentos terem diversa natureza e diferentes regimes: procedimento contra-ordenacional a nível nacional e procedimento administrativo a nível comunitário, tudo aliado ao carácter supranacional do direito comunitário e à sua específica génese.

Esta diferente natureza dos procedimentos e dos ilícitos tem amplas consequências, quer a nível da solução de questões procedimentais a considerar num e noutro ordenamento, quer a níveis mais substantivos como, por exemplo, em matéria de prova. Exemplificativa é a problemática que rodeia a questão do ónus da prova quanto às causas de justificação (art. 5.º da LdC) nos procedimentos sancionatórios nacionais.

Estas considerações ganham especial relevo na questão dos direitos fundamentais, que, em matéria de direito da concorrência se reflecte sobremaneira na questão dos direitos de defesa, uma vez que a protecção dos direitos fundamentais é um domínio que, na União Europeia, sofreu logo à partida dificuldades originadas em vários factores⁸. Na ausência de um catálogo comunitário de direitos fundamentais coube ao Juiz Comunitário a tarefa de, caso a caso, dependendo das circunstâncias concretas do litígio, identificar os direitos a proteger e que, por essa via, passaram a fazer parte de uma espécie de carta comunitária de direitos de fonte pretoriana⁹.

Seguiu-se um percurso dinâmico e flexível, num longo caminho que levou a soluções e busca de soluções — muitas questões permanecendo hoje em dia em aberto — com consequências muito pragmáticas em matéria de defesa da concorrência.

As instâncias comunitárias foram-se pronunciando casuisticamente e fixando jurisprudência (em sentido lato) aplicada aos casos de concorrência que são subsídios úteis para o intérprete/aplicador nacional, mas que exigem deste uma firme atenção — a “importação” de soluções de forma automática é perigosa.

Isto porque, no ordenamento jurídico nacional, em matéria de direitos fundamentais o percurso foi, obviamente, o inverso. Foi da protecção dos direitos fundamentais que arrancou a tecitura jurídico-constitucional e temos um quadro muito completo, protector e protegido cuja aplicação nos procedimentos sancionatórios tem que ser feita respeitando as nossas regras internas, designadamente as que têm assento constitucional.

Como penso que fica bem ilustrado por esta enumeração de vectores, a tarefa de qualquer interveniente neste tipo de procedimentos não sai facilitada, a começar pela própria autoridade administrativa, passando pelos demais

⁸ Cfr. Maria Luísa Duarte, *in* União Europeia e Direitos Fundamentais — no espaço da inter-normatividade, AAFDL, 2006.

⁹ Aponta a autora citada na nota anterior que a jurisprudência comunitária, mais do que fonte de direito, se tornou o instrumento privilegiado de escolha e de identificação de fontes de direitos fundamentais — loc. cit., pág. 71.

sujeitos processuais e acabando nos tribunais, e potencia incerteza e insegurança jurídicas numa área que, a nível nacional, dá agora verdadeiramente os seus primeiros passos na sedimentação de um edifício jusconcorrencial que se quer bem apoiado e alicerçado.

3. ALGUMAS SOLUÇÕES E ALGUMAS IMPLICAÇÕES

Passaria a ilustrar alguns casos concretos em que a aplicação do regime assim delineada tem criado ou pode vir a criar dificuldades acrescidas aos vários intervenientes processuais.

O art. 17.º prevê a possibilidade de a AdC proceder a buscas, inquirições e dirigir pedidos de informação e documentos, aos envolvidos e a terceiros. No tocante às buscas, o n.º 2 prescreve a dependência de mandado da autoridade judiciária competente, que será, em princípio, o Ministério Público.

Várias empresas, confrontadas com este tipo de diligências pela AdC e pretendendo arguir nulidades e irregularidades relativas a tais actos, optaram por fazê-lo em requerimento autónomo de arguição, dirigido ao Tribunal de Instrução Criminal. Tais requerimentos foram, numa primeira fase, remetidos directamente para o Tribunal de Comércio de Lisboa pelo Tribunal de Instrução Criminal, e mais tarde pela própria AdC. O Tribunal de Comércio viu-se então confrontado com a dificuldade de ser, sem qualquer dúvida, competente em razão da matéria para conhecer dos pedidos formulados, mas apenas poder fazê-lo em sede de impugnação judicial, ou seja, de recurso. Na maior parte dos casos não havia qualquer decisão recorrida, apenas um pedido de mandado, o mandado, uma diligência e a apreensão de determinados documentos. Foram várias as soluções seguidas, mas, no essencial, o tribunal foi admitindo os requerimentos como interposições de recurso, proferindo despachos de aperfeiçoamento quando tal se impunha, e frisando a excepcionalidade da situação.

Este tipo de recursos são interpostos e admitidos nos termos previstos no art. 55.º do RGCOG que prevê a recorribilidade das decisões, despachos e demais medidas tomadas pela autoridade administrativa no decurso do processo, disposição para a qual remete expressamente o art. 50.º, n.º 2, da LdC, conferindo a este recurso efeito meramente devolutivo.

Nem o art. 55.º do RGCOG nem o art. 50.º, n.º 2, da LdC resolvem ou indicam por qualquer forma qual o regime destes recursos. Tem-se entendido, no tribunal de comércio, de forma largamente maioritária, que estes são recursos em sentido próprio, em que o tribunal conhece, em última instância (art. 55.º, n.º 3, *in fine*, do RGCOG). Curiosamente, tem sido o último segmento, expressamente previsto na lei, que tem levantado maior polémica, a que não será alheio o facto de várias questões inovadoras (em termos nacionais) e de alguma importância serem aí suscitadas e resolvidas.

Ficou também por regular uma questão que já se vinha colocando no quadro do RGCOG — a impugnabilidade de decisões que não apliquem uma

coima. Nomeadamente, a questão da susceptibilidade de os queixosos ou denunciantes impugnarem judicialmente as decisões finais de arquivamento ou de não aplicação de uma coima.

A questão nunca foi pacífica no estrito limite do RGCOG, colocando-se na conjugação a fazer entre as disposições dos arts. 55.º e 61.º do diploma.

A LdC importou os arts. 61.º e 55.º do RGCOG no seu art. 50.º, acrescentando ao primeiro a possibilidade de aplicação (não só de uma coima) de outras sanções.

Efectivamente a LdC prevê expressamente a possibilidade de outras decisões finais, no seu art. 28.º, n.º 1, a saber: (i) arquivamento, (ii) declaração da existência de uma prática restritiva da concorrência sem aplicação de sanções e com possibilidade de ordem de adopção de providências indispensáveis à eliminação dessa prática ou dos seus efeitos, (iii) aplicação das coimas e demais sanções previstas nos arts. 43.º, 46.º e 47.º e (iv) autorização de um acordo nos termos do art. 5.º

Numa disposição cuja utilidade se compreende e cuja correspondência ao procedimento administrativo comunitário se vislumbra, mas que não ajuda em termos de interpretação e aplicabilidade do direito subsidiário, o art. 25.º, n.º 2, da LdC impõe à AdC que, antes de proceder ao arquivamento do processo, se este tiver sido instaurado com base em denúncia de qualquer interessado, dê conhecimento das suas intenções ao denunciante, concedendo-lhe um prazo razoável para se pronunciar. Esta disposição, segundo a tese que se adopte quanto à questão atrás enunciada, pode originar a obrigatoriedade de ouvir um interessado cuja opinião pode ser ignorada ou afastada, sem que esse mesmo interessado possa impugnar tal decisão.

Também as demais decisões previstas, que não de arquivamento ou de aplicação de uma coima ou sanção serão ou não impugnáveis conforme o entendimento que se adopte quanto à conjugação dos arts. 55.º e 61.º do RGCOG, disposições de uma diploma que, recorde-se, não contém previsão deste tipo de decisões.

Face às várias hipóteses de decisão final por parte da AdC, pode também gerar-se a circunstância de um mesmo recurso de uma mesma decisão que aplique uma coima e imponha a adopção de providências indispensáveis à eliminação da prática restritiva ou dos seus efeitos ter simultaneamente efeito suspensivo, quanto à primeira, e devolutivo, quanto à segunda, podendo mesmo originar nova condenação posterior por parte da AdC, no incumprimento de tal segmento da decisão, de uma sanção pecuniária compulsória — art. 46.º, al. a), da LdC.

O recurso de tal decisão será apreciado autonomamente — embora originado no mesmo processo administrativo — e terá, por sua vez efeito suspensivo.

Passando ao regime processual previsto no art. 51.º da LdC, logo em tese geral, foi sendo colocada a questão de qual o papel e os limites de intervenção da AdC na fase de impugnação judicial, nomeadamente quais as suas prerrogativas e faculdades em sede de audiência de julgamento.

O Tribunal sempre admitiu a intervenção da AdC, em moldes alargados, na audiência de julgamento e acabou por decidir mesmo que, face ao regime do art. 51.º da LdC, a Autoridade intervinha como um verdadeiro sujeito processual.

Efectivamente, o art. 51.º estabelece algumas especialidades quanto ao regime geral das contra-ordenações e coimas, sendo aplicável quer aos recursos de decisões finais, quer aos recursos previstos no art. 50.º, n.º 2, da LdC.

A AdC pode responder ao recurso interposto com a própria remessa dos autos ao Ministério Público — n.º 1

Ou seja, a AdC não se limita a remeter os autos recebido o recurso, tendo o direito de responder às alegações em peça processual autónoma.

Para que não existam violações do princípio do contraditório e para que seja efectivamente assegurada a igualdade de armas, estas alegações deverão ser notificadas aos arguidos, prática que tem sido seguida no Tribunal de Comércio desde a entrada em vigor da LdC. Tal não é, porém, previsto e é mesmo, em certa medida, contrariado pelo regime geral.

Basta pensar numa questão relativa à admissibilidade do recurso que seja suscitada nessa resposta. Tendo em conta que tais questões, bem como as questões prévias de conhecimento oficioso (por via da aplicação subsidiária do processo penal) devem ser conhecidas desde logo nos termos do art. 63.º do RGCO, no concreto, o funcionamento do regime, pode ter efeitos perversos.

Um dos efeitos perversos que se pode assinalar prende-se com o recurso das decisões da AdC que apliquem medidas cautelares, nos termos do art. 27.º da LdC.

No que aqui interessa, a AdC, verificados determinados pressupostos pode, em qualquer momento do inquérito ou da instrução ordenar preventivamente a imediata suspensão da prática (restritiva) objecto do processo, ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir.

As medidas vigoram por período não superior a 90 dias, salvo prorrogação devidamente fundamentada (que será uma nova decisão impugnável).

Tendo em conta que o recurso interposto de uma decisão desta natureza tem efeito devolutivo, há sérias dificuldades de obtenção por parte do recorrente, de uma decisão de mérito do tribunal sobre a matéria do recurso.

Após a interposição de recurso segue-se um prazo de 20 dias para a remessa dos autos a juízo, nos termos deste n.º 1 do art. 51.º A bem do contraditório, como já se referiu, há que notificar a recorrente das alegações apresentadas pela AdC.

A prática tem ditado que a esta notificação se tem seguido alguma “turbulência” processual, com resposta da arguida a alegações da AdC — que, em determinados casos, o tribunal tem admitido, a bem da defesa — e tentativa de resposta da Autoridade.

Na prática, e conjugando esta tramitação com o facto de os recursos de impugnação de decisões da AdC, mesmo de decisões que apliquem medidas cautelares, não terem natureza urgente, o que se verifica é que, no momento em que os autos estão em fase de decisão, a medida provisória já decorreu e já se extinguiu, determinado a extinção do processo por inutilidade.

AdC pode juntar elementos ou informações que considere relevantes e oferecer meios de prova — n.º 2

Trata-se de um alargamento do âmbito previsto de participação da autoridade administrativa nos termos do art. 70.º, n.º 1, do RGCOG.

Vemos neste alargamento um afloramento no direito nacional do que, para o direito comunitário vem previsto no art. 15.º, n.º 3, do Regulamento 1/2003.

Tendo porém presente que o objecto do processo está delimitado pelas alegações de recurso, que por sua vez estão delimitadas pela decisão, não obstante a “largueza” desta disposição, não pode ser alegada matéria nova e, a sê-lo, não pode ser considerada pelo tribunal.

A AdC pode opor-se a que o tribunal decida por despacho — n.º 3

Este preceito alarga os sujeitos que podem opor-se à decisão sem julgamento, nos termos do disposto no art. 64.º, n.º 2, do RGCOG. Tendo em conta a posição da AdC no processo, o uso de tal faculdade supõe uma perfeita distinção entre questões de direito e de facto e perfeito conhecimento da tramitação processual dos recursos de contra-ordenação.

O Ministério Público só pode desistir da acusação com a concordância da AdC — n.º 4

Recordo que a remessa dos autos pelo Ministério Público ao juiz, nos termos do disposto no art. 62.º, n.º 1, do RGCOG, equivale à acusação.

Trata-se de uma derrogação do regime previsto no art. 65.º-A do RGCOG que apenas previa como obrigatório o acordo do arguido. O Ministério Público só tem o dever de ouvir a autoridade administrativa quando entenda tal diligência como indispensável para uma adequada decisão e não fica vinculado pela posição da autoridade administrativa.

A AdC pode, autonomamente, impugnar por via de recurso, as decisões judiciais — n.º 6

Trata-se de mais uma extensão da legitimidade relativamente à previsão do disposto no regime processual contra-ordenacional.

Das decisões proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa cabe recurso nos casos admissíveis na lei geral, para o Tribunal da Relação de Lisboa, que decide em última instância.

Das decisões das impugnações judiciais nos termos do art. 55.º do RGCOOC e art. 50.º, n.º 2, da LdC não cabe recurso por qualquer dos intervenientes, AdC incluída, mostrando-se assegurado um grau de recurso.

Das demais decisões (sentença e despacho, nos termos do art. 64.º), nos termos do art. 73.º do RGCOOC é admissível recurso exclusivamente nos casos ali previstos, numa norma directamente aplicável nos termos do disposto no art. 52.º, n.º 1, da LdC.

A legitimidade para recorrer pertence, em exclusivo ao arguido, ao Ministério Público e à Autoridade da Concorrência, esta nos termos do art. 51.º, n.º 6, da LdC.

O prazo de recurso, nos termos do disposto no art. 74.º, n.º 1, do RGCOOC, é contado a partir da sentença ou do despacho, ou da sua notificação ao arguido, caso a decisão haja sido proferida sem a presença deste.

Houve alguma polémica centrada na contagem do prazo de recurso por parte da Autoridade Administrativa, questão colocada com a especialidade do art. 51.º, n.º 6, da LdC face ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas. Nada se prevê no RGCOOC pelo simples motivo de que, no regime geral, as autoridades administrativas não têm legitimidade para recorrer autonomamente.

Mais uma vez surge a necessidade de recorrer ao processo penal, por força do disposto no art. 41.º, n.º 1, do RGCOOC.

Para as decisões proferidas por despacho nenhuma dificuldade se coloca. Arguido, Ministério Público e AdC são notificados da decisão e o prazo de recurso corre, nos termos gerais, a partir da notificação.

No caso de sentenças, em que necessariamente há uma decisão oral reproduzida em acta, encontramos a regra prevista no art. 411.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, onde se prevê que o prazo de interposição de recurso se conta a partir da notificação da decisão ou, tratando-se de sentença, do respectivo depósito na secretaria. No caso de decisão oral reproduzida em acta o prazo conta-se a partir da data em que tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente.

O art. 74.º do RGCOOC traduzia a especialidade (relativamente ao processo penal), ao tempo privativa do processo de contra-ordenação, de o julgamento poder ser realizado sem a presença do arguido — cfr. art. 67.º do RGCOOC. Hoje em dia também em processo penal o arguido julgado na sua ausência dispõe de prazo para interposição de recurso a partir da sua notificação — art. 333.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

No mais o prazo é o mesmo para todos os intervenientes, arguido incluído, e conta-se exactamente a partir do mesmo momento: do depósito na secretaria se a decisão não for reproduzida em acta e a partir da data do seu proferimento se o for.

Se a AdC esteve presente na audiência em que foi designado dia para leitura de decisão oral, ou a ela comparece e é notificada ou a ela não comparece e se considera notificada, tal como o arguido, porque se deve considerar presente (cfr. art. 372.º, n.º 4, do Código de Processo

Penal, onde se estabelece que a leitura da sentença equivale à sua notificação aos sujeitos processuais que devam considerar-se presentes na audiência).

A comunicação prevista no art. 70.º, n.º 4, do RGCO, que, processualmente reveste a forma de uma notificação (cfr. art. 113.º do Código de Processo Penal) não é o termo inicial do prazo de recurso por parte da Autoridade nem pode ser entendido como tal. É uma comunicação prevista num regime em que o seu destinatário não tem o direito de, na sua sequência, praticar qualquer acto e assim tem que ser entendido sob pena de a Autoridade ter um prazo de recurso, quando se deva considerar presente no acto de leitura da sentença, maior que o do arguido nas mesmas circunstâncias.

Aliás, face à questão do termo inicial do prazo do assistente para recorrer da sentença, em processo penal, tem sido este o entendimento unânime da jurisprudência e que aqui deve ser aplicado (com a devida distância).

Havendo lugar a audiência de julgamento, o tribunal decide com base na prova realizada em audiência de julgado e com base na prova produzida na fase administrativa — n.º 5

Trata-se de um preceito a exigir cautelas interpretativas, atento o disposto no art. 355.º do Código de Processo Penal e a natureza garantística do preceito, nomeadamente tendo em conta o disposto no art. 32.º da Constituição da República Portuguesa. Trata-se aliás do acentuar de uma questão que nunca foi pacífica no RGCO e que este preceito agrava, podendo defender-se que, para evitar uma inconstitucionalidade material, este preceito tenha que ser interpretado restritivamente.

Outras disposições do regime sectorial contido na LdC têm gerado dificuldades que têm vindo a ser casuisticamente resolvidas quer pela AdC, nas suas decisões, quer pelo Tribunal de Comércio em sede de impugnação judicial.

Nos termos do art. 18.º da LdC a AdC pode solicitar às empresas, associações de empresas ou quaisquer outras entidades ou pessoas documentos e outras informações que se revelem necessários. Tais entidades são sujeitos de um verdadeiro dever de prestar todas as informações e fornecer todos os documentos solicitados — art. 8.º dos Estatutos da AdC.

A violação deste dever é punível com coima até 1% do volume de negócios do ano anterior — art. 43.º, n.º 3, al. a), da LdC.

Estas disposições suscitam dois tipos de questões:

Pode a AdC solicitando e obtendo informações ou documentos usar tais elementos contra quem as forneceu? Por outras palavras, existe direito ao silêncio e/ou à não auto-incriminação em procedimentos sancionatórios de concorrência?

Por outro lado, a bem da defesa, podem os suspeitos ou arguidos ter acesso a documentação e informações fornecidas à AdC por terceiros, com invocação de segredo de negócio?

O Tribunal de Comércio, defrontado com uma questão relacionada com a invocabilidade, em procedimento sancionatório nacional do direito à não auto-incriminação por parte de empresas objecto de um pedido de informações da AdC, ao abrigo dos seus poderes sancionatórios e/ou de supervisão, adoptou a posição que tem vindo a ser seguida pelos tribunais comunitários quanto a esta questão, mas fê-lo após confrontar tal posição com o direito nacional directamente aplicável, o direito nacional subsidiariamente aplicável e com a carta de direitos fundamentais constitucionais aplicáveis ao caso concreto. Apenas concluindo pela sua conformidade, vista à luz das regras nacionais, aplicou a mesma solução.

Nesta questão, a visão comunitária pode resumir-se, muito sinteticamente, na consagração, por via jurisprudencial, de que as empresas apenas não têm obrigação de fornecer (à Comissão) respostas através das quais sejam levadas a admitir a existência da infracção, tendo, assim, obrigação de responder às questões puramente factuais e de satisfazer as solicitações de documentos.

Tal solução foi fixada no caso *Orkem/Comissão*¹⁰ ainda ao abrigo do art. 11.º do Reg. 17/62 e foi mantida no caso *Mannesmannröhren-Werke AG/Comissão*¹¹, reconhecendo-se aí a evolução da questão à luz da CEDH, mas mantendo integralmente a doutrina *Orkem* e estabelecendo como matriz das questões não abrangidas pelo direito de defesa as questões puramente factuais. Tal questão voltou a ser tratada no caso *PVC II — Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros/Comissão*¹², no qual o tribunal reconheceu que a jurisprudência do TEDH havia sofrido, desde o caso *Orkem*, uma evolução, citando os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Funke, Saunders/Reino Unido* e *J.B./Suíça* (n.º 274 daquela decisão), mas mantendo a doutrina, à luz do caso concreto.

O Tribunal de Comércio de Lisboa adoptou esta solução, e, aplicando-a ao direito nacional, decidiu que sempre terão que ser verificadas os concretos pedidos de informação e as concretas solicitações de elementos para, no enquadramento da matéria em discussão, apurar se são elementos puramente factuais ou se são elementos que impliquem a admissão da existência da infracção.

O mesmo percurso, de confronto da solução comunitária com a lei nacional, o direito subsidiário e as disposições constitucionais foi seguido pelo tribunal, num outro caso, ao analisar, à luz da violação dos direitos de defesa, qual o tratamento a dar aos elementos confidenciais dos autos, distinguindo

¹⁰ C-374/87 de 18/10/89 — Colectânea de Jurisprudência 1989-3283.

¹¹ Ac TPI — T-112/98 — Colectânea de Jurisprudência II — 729

¹² Casos C-238, 244-245, 247, 250, 251-252 e 254/99 — Colectânea I — 8375

os elementos a que a arguida não teve acesso e que poderiam relevar para a sua defesa dos elementos a que a arguida não teve acesso e que serviram de suporte à acusação¹³, decidindo quanto a estes últimos que a Autoridade não pode apoiar exclusivamente as suas conclusões em elementos de prova (confidenciais) não comunicados à arguida quando não existam no processo outros elementos que apoiem aquelas conclusões.

Outro exemplo, a que o tribunal, no caso, deu solução contrária, não aplicando a resposta comunitária a questão similar, respeita ao tratamento a dar ao sigilo profissional dos advogados internos ou advogados de empresa no âmbito de procedimentos sancionatórios por violação das regras da concorrência.

O “leading case” no direito comunitário foi o caso AM & S¹⁴ no qual uma empresa inglesa alegou que tinha o direito a não fornecer à Comissão correspondência trocada entre si e os seus conselheiros jurídicos coberta pelo sigilo profissional nos termos da lei inglesa. O tribunal respondeu às questões essenciais identificadas no caso reconhecendo a protecção do sigilo profissional nos casos comunitários de concorrência, mas sujeitando-o a duas condições: a comunicação protegida é a comunicação com um advogado independente habilitado a exercer advocacia num dos Estados membros, excluindo o privilégio das comunicações com advogados da empresa (*in-house lawyers*); e os documentos em causa têm que ter sido elaborados para os propósitos e no interesse dos direitos de defesa do cliente. A questão foi novamente apreciada pelo TPI em decisão de 17/09/07¹⁵, na qual se reafirmou a jurisprudência AM & S, e se voltou a negar a protecção do sigilo profissional a comunicações escritas trocadas com advogados internos.

O Tribunal de Comércio, ponderando os arts. 208.º da Constituição da República Portuguesa, a natureza da protecção do sigilo profissional como consagrada entre nós e o disposto nos arts. 67.º, 68.º, 70.º, 71.º e 83.º e ss. do Estatuto da Ordem dos Advogados, concluiu que a nossa lei nacional reconhece directamente a protecção do sigilo profissional e não o limita aos advogados independentes ou externos e, em consequência, decidiu que a regra comunitária que foi criada por via jurisprudencial relativamente aos *in-house lawyers* não é aplicável em procedimentos sancionatórios de direito nacional.

Normalmente a propósito das diligências de inspecção e apreensão de documentos têm-se suscitado questões como a necessidade de constituição formal de arguido em processo contra-ordenacional, a susceptibilidade de apreensão de correspondência (até agora apenas resolvida no concreto à luz do Código de Processo Penal na versão anterior à revisão de 2007), as men-

¹³ Sentença do 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 15/02/2007, publicada *in* Sub Judice n.º 40, Julho-Setembro 2007, págs. 143 e ss., e comentada por Nuno Ruiz no mesmo local, a págs. 125 e ss.

¹⁴ Ac. TJCE de 18/05/82, AM & S Europe Ltd. V. Comissão, C-155/79, ECR [1982] 1575.

¹⁵ Casos T-125/03 e 253/03 Azko Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd v. Comissão.

ções necessárias nos mandatos ou se a sede das pessoas colectivas deve ser equiparada a domicílio.

Finalmente, cumpre referir uma última questão que, pela sua natureza, nunca foi tratada pelo Tribunal de Comércio, uma vez que respeita exclusivamente à possibilidade de impugnação das decisões proferidas na primeira instância, e que não é privativa dos processos sancionatórios em matéria de restrições da concorrência, mas que aqui se coloca com grande acuidade.

Em geral, a impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência contém numerosas arguições de nulidades, irregularidades e questões prévias. Tal surge como natural nomeadamente tendo em conta os poderes da AdC e a circunstância de este regime ser tocado de muito perto pelo direito comunitário, com todas as questões em aberto que tal entre cruzamento traz.

Em primeira instância, por via da aplicação do direito processual penal como subsidiário e porque tal questão não se mostra regulada nem na LdC nem no RGCO, há três momentos possíveis em que tais questões podem ser conhecidas: (i) imediatamente após a admissão de recurso, ou seja depois de exercido o contraditório no termos supra expostos, de acordo com o disposto no art. 311.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, com as devidas apartações; (ii) na abertura da audiência de julgamento, se a ela houver lugar, nos termos do art. 338.º do diploma processual penal, sempre com a devida harmonização; ou (iii) em sede de sentença.

O volume e a complexidade de muitas das questões suscitadas têm ditado, em geral, o conhecimento imediato apenas das questões que são susceptíveis de influenciar a tramitação posterior dos autos e o conhecimento posterior, ou autónomo ou em sede de sentença, das demais questões.

Na sequência de uma decisão em que o tribunal julgou procedente uma nulidade arguida, após ter ouvido toda a prova, determinando então o reenvio dos autos para a autoridade administrativa com vista ao proferimento de nova decisão¹⁶, começou a ser requerido ao tribunal o conhecimento destas questões em momento prévio à própria abertura da audiência de julgamento, com o seguinte argumento: os arguidos viam-se confrontados com um regresso à fase administrativa, após terem exposto toda a sua estratégia de defesa e produzido toda a sua prova, possibilitando à AdC “prevenir-se”, passe a expressão, contra a defesa que já conheciam.

Ora sucede que a impugnabilidade da decisão deste tipo de questões não é matéria pacífica na jurisprudência superior. Enumerando apenas algumas das decisões proferidas em processos do tribunal de comércio, o tribunal superior já conheceu do recurso interposto nesta parte independentemente do momento processual em que a decisão recorrida foi proferida, conheceu ou não dependendo de a decisão ter sido proferida em sede de sentença (conjuntamente com o recurso da sentença de mérito) ou autonomamente, ou rejeitou o recurso interposto nesta parte por entender não ser a

¹⁶ Decisão identificada na nota 13.

decisão recorrível independentemente de ser proferida “ad-hoc” ou em sede de sentença.

Esta incerteza afigura-se-me ser um problema de monta para as arguidas neste tipo de processos e mesmo para o tribunal, já que, conforme a solução adoptada poderá ser ou não defensável a admissibilidade do recurso e deverá a decisão ser proferida quando for mais seguro de que poderá haver possibilidade de recurso (caso ele seja admissível, questão sobre a qual não se toma qualquer posição).

Propus-me ilustrar problemas reais, concretos e sentidos na prática judiciária por força de um regime geral e de um regime sectorial em matéria de contra-ordenações.

Embora reconheça que o actual panorama legal tem defeitos e potencia incertezas, devo referir que não advogo a criação de um complexo normativo processual próprio em matéria de direito da concorrência.

Por um lado, muitas das soluções legais têm apenas 6 anos, período demasiado curto para que se possa aferir definitivamente da sua bondade, e, principalmente, demasiado curto para que a doutrina e a jurisprudência as tenham devidamente analisado e decomposto.

Por outro lado, pressinto uma extrema dificuldade em criar uma tessitura legal que consiga ter em conta todos os vectores a considerar e lhes dê uma solução óptima.

Na perspectiva de intérprete-aplicadora da lei penso que o excesso de regulamentação pode formalizar e retirar elasticidade a um ramo do direito que se necessita moldável e maleável para que possa seguir a realidade económica que regulamenta. O apelo aos princípios fundamentais, nacionais e comunitários, após algumas correcções e dado o tempo necessário para uma densificação do pensamento, poderá ser a via mais acertada e mais consentânea com os objectivos que se pretendem atingir.