

DIREITO SANCIONATÓRIO DAS AUTORIDADES DE REGULAÇÃO, SUPERVISÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A CAMINHO DE UM DIREITO COMUM?

Miguel Moura e Silva

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Associado do Instituto de Direito Económico, Financeiro e
Fiscal (IDEFF) e do Instituto Europeu (IE)



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Introdução

- Uma das características dos poderes sancionatórios das entidades com poderes de regulação, supervisão e defesa da concorrência é a possibilidade de impor coimas com montantes muito elevados;
- Sobretudo quando a função em causa não é a de regular, no sentido de determinar uma conduta tendente a um certo resultado definido por uma entidade pública e sim assegurar o respeito da lei e o normal funcionamento do mercado (num sentido procedimental, e.g., preservar a concorrência efetiva), o elemento sancionatório pode ser determinante.

Introdução

- As sanções que podem ser aplicadas nestes domínios podem atingir valores muito significativos: e.g., a Autoridade da Concorrência pode aplicar coimas até 10% do volume de negócios da empresa visada;
- Tais coimas procuram assegurar uma efetiva dissuasão dos comportamentos restritivos da concorrência; v. Acórdão n.º 353/2011 do Tribunal Constitucional (3.^a Secção) (Cons. Maria Lúcia Amaral) de 12.7.2011, Proc. n.º 619/2010, *Rebosado - Reboques do Sado, Lda*.
- Em contrapartida, a estes regimes sancionatórios tem correspondido um maior desenvolvimento das garantias processuais do que face a outros domínios do direito das contraordenações.

A caminho de um direito comum? Alguns sinais

- 1) LQER: regime comum para as entidades referidas no art. 3.º/3 da Lei n.º 67/2013:
 - Art. 40.º/3 LQER (Poderes de inspeção e auditoria, fiscalização e sancionatórios);
 - Art. 42.º LQER (Poderes em matéria de inspeção e auditoria);
 - Art. 43.º LQER (Poderes sancionatórios);
- 2) Centralização do controlo jurisdicional num tribunal especializado: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Lei n.º 46/2011, de 24.6);
- 3) A necessidade de uma aplicação transversal das garantias processuais dos arguidos/visados
- 4) Regime sancionatório do sector energético: cópia servil do regime sancionatório da Lei n.º 19/2012, de 8.5. (Lei da Concorrência).

1) REGIME DOS PODERES SANCIONATÓRIOS NA LQER

Regime dos poderes sancionatórios

- Art. 43.º: Remete a concretização para os regimes sancionatórios especiais;
- Cada entidade reguladora é competente para “praticar todos os atos necessários ao processamento e punição das infrações” às leis e regulamentos cujo respeito lhes caiba assegurar e dos incumprimentos às suas próprias “determinações”;
- Regime geral: se a sanção tem natureza contraordenacional, como é regra, é aplicável o Regime Geral das Coimas e Contraordenações, como direito subsidiário – na medida em que não existam regras processuais próprias (e.g. Código do Mercado de Valores Mobiliários, Lei da Concorrência).

Regime dos poderes sancionatórios

- O art. 40.º/3 é mais explícito:
- “Nos termos e limites dos respetivos estatutos ou do regime sancionatório aplicável”, cabe às entidades reguladoras:
 - Fiscalizar e auditar a aplicação das leis e regulamentos aplicáveis [als. a) e b)];
 - Instaurar os processos sancionatórios no âmbito das respetivas competências [al. c)];
 - Adotar medidas cautelares e aplicar sanções [al. d)];
 - Cobrar coimas [al. f)].

Regime dos poderes sancionatórios

- A identificação das infrações às leis e regulamentos depende da realização de ações de inspeção e auditoria (art. 42.º);
- Iniciativa: no âmbito de “planos de inspeções previamente aprovados” e “sempre que se verifiquem circunstâncias que indiquem perturbações no respetivo sector de atividade” (art. 42.º/1);

Regime dos poderes sancionatórios

- Poderes dos inspetores (art. 42.º/2):
 - a) Aceder a instalações, terrenos, e meios de transporte das empresas sujeitas à sua competência “e a quem colabore com aquelas”;
 - b) Inspeccionar livros e outros registos;
 - c) Obter cópias ou extratos dos documentos controlados;
 - d) Solicitar ao representante legal, trabalhadores e colaboradores da empresa em causa esclarecimentos sobre factos e documentos relacionados com o objeto da inspeção ou auditoria;
 - e) “Identificar, para posterior autuação, as entidades e pessoas que infrinjam as leis e regulamentos sujeitos à fiscalização da entidade reguladora”;
 - f) Solicitar o auxílio das autoridades policiais;

Regime dos poderes sancionatórios

- Se a LQER remete sistematicamente para os regimes especiais, onde está o sinal de uma evolução para um regime comum?
- Talvez no que não é assumido pela LQER: quanto a diligências nas instalações de empresas, existe uma grande assimetria entre os poderes de inspeção dos reguladores sectoriais, por um lado, e da Autoridade da Concorrência por outro: neste último caso, existe uma distinção entre:
 - Inquirição e pedido de elementos, no exercício de poderes sancionatórios, a empresas e pessoas envolvidas e outras pessoas nas instalações de uma empresa ou associação de empresas (arts. 18.º/1, als. a), b) e 18.º/4 , al. a) da Lei n.º 19/2012);
 - Buscas que exigem um mandado de busca emitido pela autoridade judiciária competente (arts. 18.º/1, al. c) e 19.º da Lei n.º 19/2012);
 - Inspeções no contexto dos poderes de supervisão, que exigem o consentimento prévio da entidade visada (art. 63.º da Lei n.º 19/2012).

Regime dos poderes sancionatórios

- O elemento central é o alcance dos deveres de colaboração: art. 44.º da LQER:
 - Formulação peculiar: os destinatários da obrigação de colaboração são os representantes legais e as pessoas que colaborem com as empresas e outras entidades destinatárias da atividade da Entidade Reguladora e não as próprias empresas...
 - Âmbito material: “toda a colaboração que lhes seja solicitada pela entidade reguladora para o cabal desempenho das suas funções, designadamente as informações e documentos que lhe sejam solicitados”.

2) CONTROLO JUDICIAL COMUM

Competência do TCRS (1/2)

- Recursos, revisão e execução de decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação (novo art. 89.º-B da Lei n.º 3/99, de 13.1):
 - Autoridade da Concorrência;
 - Autoridade Nacional de Comunicações;
 - Banco de Portugal;
 - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários;
 - Entidade Reguladora para a Comunicação Social;
 - Instituto de Seguros de Portugal;
 - “Demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão”;

Competência do TCRS (2/2)

- Recurso, revisão e execução das decisões:
 - Da Autoridade da Concorrência no âmbito de procedimentos administrativos (e.g. controlo de concentrações);
 - Do Ministro da Economia no âmbito do recurso extraordinário (art. 34.º dos Estatutos da AdC, DL n.º 10/2003);
 - Demais decisões da AdC que admitam recurso no âmbito do regime jurídico da concorrência.
- Mas o contencioso de natureza equivalente das autoridades de regulação e supervisão não foi transferido para o TCRS: a sua especialização limita-se ao regime contraordenacional:
 - Não adquire uma visão global da regulação e supervisão;
 - Preponderância dos aspetos comuns ao direito sancionatório: será viável uma perspetiva estanque de cada regime sancionatório?

3) GARANTIAS PROCESSUAIS

Podereis sancionat6rios e direiteis fundamentais

- Quatro quest6es principais:
 - Podereis de inspe76o e prote76o do domic6lio profissional;
 - Dever de colabora76o;
 - Buscas e apreens6o de mensagens de correio electr6nico
 - Comunicabilidade da prova;

Podere de inspeção e proteção do domicílio profissional

- A LQER não parece ter em conta os limites decorrentes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:
 - E.g., Acórdão TEDH, *Société Colas Est c. França*, 37971/97, 16.4.2002 (art. 8.º Convenção Europeia dos Direitos do Homem): buscas a uma empresa de obras públicas suspeita de concertação em concursos públicos sem mandado judicial (à época a lei francesa aplicável, a lei de 1945, permitia as buscas pelas autoridades administrativas sujeitas apenas ao controlo judicial *a posteriori*): para o TEDH tais buscas sem autorização judiciária prévia não são proporcionais ao objetivo público legítimo de reprimir práticas anticoncorrenciais;
- A concretização destes poderes nos regimes especiais deve clarificar as duas alternativas: consentimento da empresa ou imposição da diligência por mandado da autoridade judiciária competente.

Dever de colaboração

- Na concretização da LQER é necessário atender aos limites que já estão consagrados na jurisprudência europeia e nacional quanto à obtenção de respostas auto-incriminadoras:
 - Direito da União Europeia: Jurisprudência Orkem, Ac. Tribunal de Justiça, 1989, considerando 35: “a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão”.
 - Considerando 23 do Reg. 1/2003 “as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infração, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infração”.
 - A jurisprudência posterior tem vindo a confirmar este entendimento, apesar das críticas relativas à alegada contrariedade com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;

Dever de colaboração

- Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 28.7.2006, Proc. n.º 261/06.1TYLSB, *Agepor - Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*: não é aplicável o chamado “direito ao silêncio” como previsto no CPP:
 - “Existem normas próprias que regulam a questão, punindo designadamente a omissão da conduta. Existindo estas normas, não é necessário, nem admissível, recorrer a normas aplicáveis subsidiariamente, por não se dever passar do referido primeiro grau de aplicação. Ou seja, o referido direito ao silêncio não é aplicável e não é aplicável justificadamente, em nosso entender, considerando as diferenças entre os direitos em análise e o papel e funções da Autoridade da Concorrência”.
- O Tribunal fez uma verificação dos elementos pedidos em concreto: puramente factuais;
- V. também Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 8.5.2007, Proc. n.º 205/06.0TYLSB, *Germen - Moagem de Cereais, S.A.*

Dever de colaboração

- O dever de colaboração não viola os direitos de audição e de defesa do arguido (art. 32.º/10 CRP):
 - Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 28.7.2006, Proc. n.º 261/06.1TYLSB, *Agepor - Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*.
 - Acórdão n.º 203/2009 do Tribunal Constitucional (1.ª Secção) (Carlos Pamplona de Oliveira) de 29.4.2009, Proc. n.º 529/07, *Agepor - Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*;
 - Acórdão n.º 461/2011 do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) (Catarina Sarmento e Castro) de 11.10.2011, Proc. n.º 366/11, *Laboratórios Abbott e Menarini* (julga não inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido, em processo contraordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência).

Buscas e apreensão de documentos em meio digital

- Art. 34.º/4 CRP: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal” (sublinhado nosso).
- Art. 42.º/1 RGCC exclui “a intromissão ... nos meios de telecomunicação”;
- Solução jurisprudencial: proteção da correspondência incide apenas sobre cartas (e, por analogia, mails, sms) não abertas; ver Acórdão da Relação de Coimbra de 29.3.2006 e Parecer da PGR proferido a pedido da AdC;
- Regime da prova em meio digital após reforma do CPP – equiparação a escutas (artigo 189.º, n.º 1, CPP): introduziu incerteza jurídica quanto à apreensão de mensagens de correio electrónico

Buscas e apreensão de documentos em meio digital

- Regime da nova Lei da Concorrência: apesar de prever, o Conselho Superior da Magistratura, em parecer de 23.2.2012, emitido durante o procedimento legislativo perante a Assembleia da República, considerou que apenas a existência de uma norma específica decalcada da Lei do Cibercrime poderia assegurar a fundamentação deste poder, concluindo o seguinte:
 - “Ora, as mensagens de correio electrónico são um dos raros meios de prova disponíveis para a prova dos cartéis, abstraindo dos requerimentos de clemência. Nesta conformidade, a falta de norma deixará a AdC com a mesma dificuldade com que já hoje se depara nas suas buscas, aliás contra a corrente dos poderes das suas congéneres europeias e da própria Comissão Europeia, o que contraria o disposto no Memorando de Entendimento, que visa o reforço dos poderes da AdC”.
- Não parece corresponder ao entendimento do próprio legislador: mas quais as implicações para as restantes entidades abrangidas pela LQER.

Comunicabilidade da prova

- Pode a prova obtida no âmbito do exercício de poderes de supervisão ser usada em processo de natureza sancionatória?
- Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 8.5.2007, Proc. n.º 205/06.0TYLSB, *Germen - Moagem de Cereais, S.A.*
 - “Parece-nos, aliás, óbvio que a AdC deve tomar uma postura pró-ativa e acompanhar o mercado de perto precisamente para, entre outros objetivos, detectar as práticas lesivas da concorrência e perseguir e punir os seus responsáveis. A AdC não pode agir apenas a impulso de ‘queixas’ ou de notícias de jornal. Para prosseguir integralmente os seus objetivos e a sua missão os procedimentos de supervisão são um instrumento essencial.
 - É também essa uma das razões que nos leva a diminuir os obstáculos à prossecução dessa tarefa, nomeadamente comprimindo um concreto direito de defesa.
 - Dentro da AdC e independentemente da natureza dos procedimentos a informação deve circular. O que para uns é informação, para outros podem ser meios de prova incriminatórios”.
 - Mas “não pode formular perguntas das quais resulte diretamente a incriminação”.

Comunicabilidade da prova

- A nova Lei da Concorrência veio inexplicavelmente restringir este princípio: art. 31.º/5 – as empresas devem ser previamente esclarecidas quanto à possível utilização como meio de prova num processo sancionatório;

4) O REGIME DA CONCORRÊNCIA COMO MODELO?

Será o regime da concorrência um bom modelo?

- Princípio da oportunidade na abertura de inquérito: arts. 7.º e 8.º - implicam um controlo judicial;
- Recorribilidade das decisões de arquivamento: transforma a natureza do processo contraordenacional com o risco de instrumentalização por interesses económicos;
- Figura do “visado”: qual é o seu estatuto processual?
- Novos regimes processuais: decisões de arquivamento com condições, procedimentos de transação, regime de clemência – até que ponto fazem sentido no âmbito de regimes sancionatórios sectoriais?

Será o regime da concorrência um bom modelo?

- Regime sancionatório do sector energético (Lei n.º 9/2013, de 28.1):
- Cópia servil do regime processual da Lei n.º 19/2012 (Lei da Concorrência);
- Adota um regime de clemência: mas fará sentido?
 - Origem do regime de clemência: UE (por influência norte-americana), limitada a cartéis: são acordos/práticas concertadas secretas e que envolvem necessariamente dois ou mais participantes – a imunidade ou redução da coima visa promover o combate a estas práticas que, de outro modo, devido ao natural pacto de silêncio entre os participantes, poderia nunca ser detetado;
 - Mas a maior parte das contraordenações previstas na Lei nº 9/2013 envolve práticas que não são secretas e, em todo o caso, não dependem da participação de duas ou mais empresas na infração.

Será o regime da concorrência um bom modelo?

- Regime da concorrência como fonte de instabilidade pela pressão no sentido de importar as soluções europeias:
 - A nível europeu existe uma pressão no sentido da separação entre instrução e decisão, apesar de o modelo de uma autoridade única ter sido validado pelo TEDH no caso *Menarini*: que consequências em Portugal?
 - Função do auditor independente no processo da Comissão Europeia;

Conclusão

- A LQER não contribui significativamente para o desenho de um direito sancionatório comum;
- Existem pressões para que esse regime comum venha a emergir, ainda que por exigência de coerência da aplicação de regras distintas por um mesmo tribunal;
- É particularmente preocupante a utilização do regime processual da Lei da Concorrência como modelo para outros regimes sancionatórios, sem parecer ter sido sequer considerado se as soluções nele constantes fazem sentido quando transplantadas para outro contexto.

Obrigado

- mmsilva@fd.ul.pt