

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ASSUNTO: **Assunto: Alterações legislativas decorrentes da transposição da Directiva n.º 2019/1/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**

Proc: 2019/GAVPM/4141

19-12-2019

PARECER

1. Objecto

O CSM foi convidado pela Autoridade da Concorrência a emitir pronúncia no âmbito da consulta pública a decorrer até ao próximo dia 26 de Dezembro de 2019 sobre o anteprojecto de transposição da Directiva n.º 2019/1/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

Nos termos do art.º 155.º, alínea b), da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, na redacção dada pelo DL n.º 40-A/2016, de 22 de Dezembro, cabe ao Conselho Superior da Magistratura emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

*

2. Contexto

A Directiva objecto de transposição visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

Para o efeito e nos termos do disposto no art.º 1º, a mesma estabelece um conjunto de regras destinadas a assegurar que as autoridades nacionais da concorrência dispõem das garantias de independência, dos meios e das competências de execução e de aplicação de coimas necessários à aplicação eficaz dos art.ºs 101º e 102º do TFUE, de modo a que a concorrência no mercado interno não seja falseada e a que os consumidores e as empresas não sejam prejudicados por leis e medidas nacionais que impeçam as autoridades nacionais da concorrência de aplicarem as regras de forma eficaz (n.º 1).

A Directiva abrange a aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, bem como a aplicação paralela do direito nacional da concorrência. No que respeita ao art.º 31º n.ºs 3 e 4, a Directiva abrange também o direito nacional da concorrência quando aplicado de forma autónoma (n.º 2).

Por último, a Directiva estabelece um conjunto de regras em matéria de assistência mútua para garantir o bom funcionamento do mercado interno, bem como do sistema de estreita cooperação no âmbito da Rede Europeia da Concorrência (n.º 3).



Para a prossecução das apontadas finalidades, foram efectuadas alterações aos seguintes diplomas legislativos:

1- Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio que aprovou o novo regime jurídico da concorrência;

2- O Decreto-Lei n.º 125/2014 de 18 de Agosto (Estatutos da Autoridade da Concorrência);

3- O Decreto-Lei n.º 78/87 de 17 de Fevereiro (Código de Processo Penal);

4- O Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro (Código dos Contrato Públicos);

5- A Lei n.º 151/2015 de 11 de Setembro (Lei de Enquadramento Orçamental).

*

3. Apreciação

O presente anteproyecto visa a transposição para o ordenamento jurídico nacional, da Directiva n.º 2019/1/UE.

Iniciando a presente análise pelas alterações à Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, quanto ao art.º 2º, constata-se que a Directiva indica quais as concretas matérias em que o direito nacional deve estar alinhado com a legislação comunitária, de forma expressa no n.º 2 do art.º 1º da Directiva.

Em conformidade, verifica-se que o n.º 3 do art.º 2º da Lei 19/2012, com as alterações propostas, vai para além da Directiva quando prevê que mesmo no que diz respeito às práticas restritivas da concorrência que não afectem o comércio entre os Estados Membros, ou seja, a práticas reguladas de forma exclusiva pelo direito nacional, a lei da concorrência deve ser interpretada de modo conforme ao direito da União Europeias e à luz da jurisprudência do TJUE.

Assim, se se entender que esta norma tem conteúdo meramente interpretativo, a redacção apresenta-se aceitável.

Caso contrário, a mesma apresenta-se desconforme com a Directiva, por alargar o seu âmbito a matérias não previstas na Directiva e em desconformidade com o princípio da subsidiariedade previsto no art.º 5º n.ºs 1 e 3 do TUE.

No que respeita ao n.º 5 do mesmo artigo, o mesmo é tautológico, por se limitar a reproduzir uma regra basilar de interpretação jurídica.

Quanto ao art.º 3º-A, sugere-se a substituição da palavra "uma", por referência à autoridade nacional da concorrência, para o artigo definido feminino singular "a", considerando que a norma comporta apenas a designação de uma autoridade nacional da concorrência e não várias em cada um dos Estados Membros.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

No que respeita ao artigo 15º n.º 1 seria mais elucidativa a indicação de que a norma tem como destinatários as empresas investigadas, sob pena de se confundirem outras destinatárias (as previstas no n.º 2) com as empresas investigadas que são as abrangidas pela previsão do n.º 1.

Em conformidade, sugere-se que na parte final do n.º 1 do art.º 15º seja adoptada a seguinte redacção: "(...) desde que acessíveis à destinatária do pedido" ou "à empresa investigada."

No que respeita ao art.º 16º n.ºs 7 e 8 não se vislumbram razões que justifiquem o estabelecimento de prazos de notificação diferentes, apenas pelo facto de no caso do n.º 7 se prever a notificação realizada pela via postal e de, no n.º 8, se prever a notificação por via electrónica.

Sugere-se, em conformidade, a adopção de redacção semelhante à que consta do art.º 248º n.º 1 do Código de Processo Civil que contém as regras de notificação aos mandatários das partes, realizadas por via electrónica, com uniformização dos prazos.

No que respeita ao art.º 20º n.º 6, há que ter em atenção o disposto no art.º 82º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09 de Setembro do qual resulta que apenas é incompatível com o exercício da advocacia o vínculo de emprego público.

Nessa medida e para os advogados que desempenhem funções por conta de outrem, com vínculo de emprego privado, os mesmos continuam adstritos ao sigilo profissional nos casos previstos no art.º 92º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Por outras palavras, estão abrangidos pelo segredo profissional do advogado os factos que resultem do desempenho desta actividade profissional, só sendo admissível equacionar o afastamento de tal sigilo quando a informação tenha advindo ao advogado pelo exercício de funções não relacionadas com o desempenho de tal actividade.

Assim, seja pelos argumentos expendidos, seja pela constatação de que a Directiva não impõe este regime, deve ser eliminado o n.º 6 do art.º 20º da Lei da Concorrência.

No que respeita ao n.º 8 do art.º 22º, a redacção proposta deve ser conjugada com o disposto no n.º 13 do mesmo preceito legal.



Ora, se no n.º 13 se prevê que os factos aceites ou a que se renunciou contestar na decisão condenatória a que se refere o n.º 12, bem como a respectiva qualificação jurídica, não podem ser judicialmente impugnados para efeitos de recurso nos termos do art.º 84º, então não se percebe a omissão da referência à qualificação jurídica no n.º 8 do art.º 22º.

Em conformidade, sugere-se a seguinte redacção para a norma em análise: "8- Recebida a proposta de transacção, a AdC procede à sua avaliação, verificando o cumprimento do disposto no número anterior, podendo rejeitá-la por decisão não susceptível de recurso, se a considerar infundada, ou aceitá-la, procedendo à notificação da minuta de transacção contendo a indicação dos termos da transacção, incluindo a qualificação jurídica e as sanções concretamente aplicadas.".

Quanto ao art.º 68º n.º 4, no Direito da União Europeia o processo contra-ordenacional tem natureza administrativa, razão pela qual são inaplicáveis os conceitos de dolo e negligência aos processos contra-ordenacionais.

Já em Portugal, ao processo de contra-ordenação são subsidiariamente aplicáveis as normas penais e processuais penais, razão pela qual o Direito Nacional faz uso dos conceitos de dolo e de negligência.

Em consequência não se vislumbra de que forma é possível realizar uma interpretação conforme ao Direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do TJUE para conceitos inexistentes em tal Direito, na vertente contra-ordenacional.

Nesta medida, sugere-se a supressão do n.º 4 do art.º 68º da Lei da Concorrência.

Quanto ao n.º 3 do art.º 69º, constata-se que viola o princípio da culpa a consideração como antecedentes contra-ordenacionais de infracções praticadas por terceiras pessoas, mesmo que constituam com a empresa investigada uma unidade económica, desconhecendo-se o que sejam laços de interdependência ao tempo da infracção.

Esta norma também se apresenta em contradição com o disposto no n.º 5 do mesmo preceito, que é expresso na afirmação de que mesmo em caso de infracções cometidas por associações de empresas, a responsabilidade é aferida de forma individual em relação a cada empresa que integre a associação e bem assim o considerando 47) da Directiva que individualiza a responsabilidade de cada empresa mesmo integrada em associação, individualizando também os antecedentes contra-ordenacionais e a reincidência para cada uma das empresas que integre a associação.

Em conformidade, sugere-se a alteração da redacção do n.º 3 do art.º 69º tendo em vista a sua compatibilização com o considerando 47) da Directiva.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

No que respeita ao art.º 69-A n.º 1 sugere-se a seguinte redacção, por mais rigorosa: "No caso de concurso de contra-ordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 69º, a coima não pode ser inferior à soma das coimas concretamente aplicadas observados os limites previstos nos n.ºs 4 e 9 do artigo anterior para cada contra-ordenação em concurso.".

Quanto ao art.º 74º n.º 6, não só o legislador nacional vai para além da Directiva, como se suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade desta norma, considerando a inexistência de limite temporal à suspensão da prescrição do procedimento contra-ordenacional nos casos aí previstos.

Constata-se que este regime se apresenta mais gravoso do que o previsto no art.º 120º n.º 1 al. e), n.º 4 e n.º 5 do Código Penal, o que é manifestamente contrário aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico nacional, não devendo o regime contra-ordenacional ser mais gravoso para o arguido do que o regime penal.

Em conformidade, sugere-se a fixação de período máximo de duração da suspensão, com a adopção de redacção semelhante à das invocadas normas penais.

No que respeita ao art.º 85º n.º 1, considerando que se trata de prazo processual o previsto nesta norma, a regra é da continuidade dos prazos processuais (art.º 138º do Código de Processo Civil), sendo que também por regra os prazos administrativos apenas correm em dias úteis, não se suspendendo, no entanto, nas férias judiciais (art.º 87º do Código do Procedimento Administrativo).

Em conformidade o prazo previsto no art.º 85º n.º 1 deveria obedecer às regras dos prazos processuais, sem prejuízo de se considerar um prazo mais alargado atenta a complexidade e dimensão das matérias em apreciação.

Quanto ao artigo 86-A n.º 2, deve ser retirada a referência ao Ministério Público, considerando que as decisões do Ministério Público não são objecto de impugnação ou recurso judiciais, mas apenas de reclamação hierárquica (cfr. o art.º 279º n.º 2 do Código de Processo Penal).

*

Passando à análise das alterações ao Decreto-Lei n.º 125/2014 de 18 de Agosto (Estatutos da Autoridade da Concorrência) é merecedora de reparo a redacção do art.º 17º n.º 2, a qual se apresenta ambígua, com recurso a conceitos vagos e de difícil concretização, sem a instituição de qualquer mecanismo de controlo da respectiva verificação.



Já quanto ao n.º 4 da mesma norma, a AdC faz referência, no ponto 30 da exposição de motivos, à opção por, delimitando o impedimento em função dos processos em questão nos termos da Directiva, estabelecer que o mesmo vigora sem limite temporal.

Ora, o art.º 4º n.º 2 al.c) da Directiva dispõe: "Em especial, os Estados-Membros asseguram pelo menos que o pessoal e quem toma decisões no exercício da competência prevista nos art.ºs 10º a 13º e no art.º 16º da presente directiva no âmbito das autoridades administrativas nacionais da concorrência:

c) Se abstêm de tomar qualquer acção incompatível com o desempenho das suas funções ou com o exercício da sua competência para aplicar os art.ºs 101º e 102º do TFUE e estão sujeitos a procedimentos que asseguram que, durante um prazo de tempo razoável após a cessação de funções, se abstêm de tratar processos de aplicação que possam gerar conflitos de interesses."

Já no Considerando 20) se fez constar: "Significa isso também que, durante um prazo razoável após terem cessado funções na autoridade administrativa nacional da concorrência, os antigos membros do pessoal ou quem tenha tomado decisões não deverão, sempre que iniciem uma actividade profissional relacionada com processos relativos à aplicação dos art.ºs 101º ou 102º do TFUE com que tenham lido durante a vigência dos seu contrato ou mandato, ocupar-se do mesmo processo na sua nova actividade."

Da conjugação do Considerando com o artigo da Directiva pareceria mais curial fixar o impedimento a todos os processos nos quais os antigos membros do pessoal ou quem tenha tomado decisões tenham intervindo com limitação temporal ao impedimento, por se afigurar uma opção mais conforme à letra e ao espírito da Directiva.

Quanto ao n.º 5 al.c) do art.º 17º, o mesmo parece contraditório com o n.º 2, considerando que o impedimento se deve manter, independentemente do fundamento pelo qual o membro do conselho de administração da AdC deixou de ocupar tal cargo, já que o impedimento está relacionado com o conhecimento obtido no exercício das funções na AdC e não com a forma de nomeação para as funções ou de cessação das mesmas.

*

Por último, as alterações quer ao Código de Processo Penal, quer ao Código dos Contratos Públicos, e à Lei de Enquadramento Orçamental encontram plena justificação pela necessidade de transposição da Directiva, não sendo merecedora de qualquer reparo a redacção adoptada para tais alterações.

*

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

4. Conclusões

As alterações analisadas correspondem ao anteprojecto de transposição da Directiva n.º 2019/1/UE, a qual visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

Nestes termos, o CSM apresenta a proposta de alterações e sugestões constantes do ponto anterior, nada mais se oferecendo acrescentar ou recomendar sobre o anteprojecto em análise.



**Célia Isabel Bule
Ribeiro Marques
dos Santos**

Adjunto

Assinado de forma digital por Célia Isabel
Bule Ribeiro Marques dos Santos
faa4c86840b2224448e4574066a94b410fd30aca
Dados: 2019.12.19 14:29:39

