



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

DIVISÃO DE APOIO ÀS COMISSÕES	
Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas	
CEIOP	
N.º Único	589484
Entrada/Saída n.º	495
DATA	5/12/2017

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Economia, Inovação e Obras
Públicas
Dr. Hélder Amaral
E-Mail: 6ceiop@ar.parlamento.pt

V/ Referência: Ofício Nº 252/CEIOP	V/ Data: 02-11-2017	N/ Referência: 2017/GAVPM/4938	Ofício n.º 2017/OFC/04389	Data: 04-12-2017
--	-------------------------------	--	-------------------------------------	----------------------------

ASSUNTO: **Proposta de Lei n.º 101XIII/3ª (GOV)**

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas

Dr. Hélder Amaral

Tenho a honra de remeter a V. Exa., e em conformidade com o solicitado, parecer sobre a iniciativa legislativa identificada.

Com os melhores cumprimentos e *elevada consideração*,

P' Chefe de Gabinete


**Carlos Gabriel
Donoso Castelo
Branco**
Juiz Secretário

Assinado de forma digital por Carlos
Gabriel Donoso Castelo Branco
c501e6d57827e949537144f1b6f11557b08fa4da
Dados: 2017.12.04 15:15:00



Pronúncia sobre a transposição da Directiva *Private Enforcement* – Proposta de Lei n.º 101/XIII

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Superior de Magistratura, Sr. Dr. Juiz Conselheiro António Silva Henriques Gaspar; Exmo. Senhor Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém, Sr. Dr. Luís Miguel Caldas, consultada a proposta de Lei de transposição legislativa, os Juízes em exercício de funções no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão vêm, na sequência da notificação para a audição relativa à Proposta de Lei n.º 101/XIII de transposição da Directiva 2014/104/EU, expor os seguintes pontos de crítica:

- a) De forma ideal, o que seja redundância ou mera repetição de normas do Código Civil e do Código de Processo Civil deveria ser eliminado por desnecessidade;
- b) A expressão *Direito da Concorrência* deve sempre ser efectuada com maiúscula. Não se trata da enunciação de um direito subjectivo;
- c) **Art.º 3.º, n.º 2** – Trata-se de uma inovação legislativa sem correspondência na Directiva e que introduz uma noção de imputação de responsabilidade que não se encontra tratada jurisprudencialmente, deixando aberta a possibilidade de aplicação de um regime de imputação por responsabilidade objectiva que não é correspectivo do princípio da culpa;
- d) A extensão da imputabilidade do dever de indemnizar a pessoas jurídicas diferentes daquela que praticou a infracção pode gerar desafios complexos na aplicação da força probatória das decisões condenatórias, prevista no art.º 7.º da proposta de Lei;
- e) **Art.º 4.º** - Eliminação. O cálculo da indemnização já resulta do regime substantivo da responsabilidade extracontratual do Código Civil e está uniformizado na jurisprudência;
- f) **Art.º 5.º, n.º 1** – A responsabilidade solidária não distingue entre formas de compartição e cumplicidade no que respeita ao comportamento conjunto;
- g) **Art.º 6.º, n.º 1** – O início do prazo de prescrição depende da verificação cumulativa dos requisitos previstos nas respectivas alíneas. Na alínea a), além do conhecimento do comportamento em causa, acrescenta-se *e que este constitui uma infracção ao direito da concorrência*. A declaração de constituição de uma infracção corresponde a uma declaração de Direito Público Sancionatório que não depende de um acto cognitivo do lesado pela infracção. Por conseguinte, em acções de *stand alone* em que não há qualquer condenação pela autoridade ou Tribunal, pode-se chegar à

conclusão que o prazo **nunca se iniciará, tornando o direito de indemnização virtualmente imprescritível nestes casos;**

h) **Art.º 7.** – A fórmula semântica de presunção inilidível é susceptível de gerar dificuldades interpretativas no que respeita à *existência, natureza e âmbito material, subjectivo, temporal e territorial dessa infração*, uma vez que exige uma depuração interpretativa quanto aos pressupostos da responsabilidade extracontratual que se consideram presumidos;

i) **Art.º 7.º, n.º 2 e 3** – O artigo estabelece um regime ab-rogante ou, pelo menos, omisso dos meios processuais de reconhecimento de autenticidade e executoriedade de decisões proferidas por autoridades estrangeiras próprias da cooperação judiciária. Esta norma pressupõe a atribuição de efeitos de uma decisão sem definir o regime de reconhecimento de autenticidade de uma decisão estrangeira no nosso ordenamento jurídico;

j) **Art.º 9.º, n.º 1** – Discutível utilidade da presunção de nexo de causalidade entre carteis e danos, uma vez que se mantém o ónus de prova do nexo de causalidade e do dano que incumbe ao lesado. Trata-se do estabelecimento de uma presunção sem contributo efectivo na composição do objecto da acção ou na distribuição do ónus da prova;

k) **Art.º 9.º, n.º 2** – A norma implica um afastamento expresso do recurso à equidade previsto no art.º 566.º, n.º 3 do Código Civil, no mesmo passo em que vincula o cálculo da indemnização em caso de dificuldade ou impossibilidade de cálculo exacto à figura do Direito da União Europeia de uma estimativa aproximada;

l) **Art.º 9.º, n.º 3** – A norma configura um exemplo isolado em que uma entidade exterior ao processo pode recusar a colaboração com fundamento em princípios de oportunidade, quando o pedido do Tribunal deve ser, por si só, adequado e possível e está sujeito a sindicância dentro do processo;

m) **Art.º 15.º – Eliminação.** Não se vislumbra fundamento, razão ou utilidade para prever uma intervenção potestativa no processo por parte da Autoridade da Concorrência, susceptível de gerar incidentes de contraditório e perturbação na tramitação do processo. A direcção do processo compete, exclusivamente, ao Juiz, e, sendo um processo de partes, em cooperação com as partes e mandatários judiciais.

*

Relativamente à eliminação da actual **alínea g) do n.º 1 da versão actual do art.º 112.º da LOSJ**, pensamos que a enumeração taxativa das entidades sujeitas à

competência material do Tribunal vem resolver, de modo imediato e directo, determinadas divergências jurisprudenciais sobre a aplicação dessa cláusula. Todavia, não podemos deixar de sublinhar que a *ratio* de atribuição de foro jurisdicional por referência às competências sancionatórias de autoridades administrativas independentes deixa de ser um critério previsto na letra da Lei, permitindo a incorporação de outras entidades por mera extensão legislativa, sem conexão com a matriz e paradigma do TCRS, as quais presidiram à sua criação.

Este desiderato poderia ser resolvido se o art.º 112.º, n.º 1 tivesse a seguinte enunciação: *Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação das seguintes entidades administrativas independentes (...).*

*

O elenco das autoridades administrativas constante na versão do n.º 1 do art.º 112.º da proposta não tem oferecido qualquer controvérsia na aceitação da competência pelo TCRS.

Todavia, cumpre assinalar que, entre a versão do Projecto da Proposta de Lei n.º 356/2017, de 30 de Agosto de 2017, enviada para o CSM em 04-10-2017, e a presente Proposta de Lei n.º 101/XIII, a **Comissão Nacional da Protecção de Dados (CNPD) deixou de constar do elenco taxativo do n.º 1 do art.º 112.º da LOSJ.**

É, aliás, confrangedor que a proposta de Lei não contenha uma só linha acerca do desaforamento que propõe para a CNPD, escusando-se a qualquer motivação sobre as razões de política legislativa que presidiram à opção de remeter a competência material para a impugnação judicial de tais processos de contra-ordenação para os Tribunais comuns. A proposta para a redacção do art.º 112.º, n.º 1 retira a CNPD da competência material do TCRS **sem que justifique, esclareça ou fundamente essa radical alteração legislativa ou o critério técnico subjacente**, o que, em vésperas da entrada em vigência de um novo regime sancionatório para os dados pessoais¹, torna a opção pouco transparente no mesmo passo em que esse silêncio evita qualquer sindicância.

Na verdade, não obstante a alteração do art.º 112.º, n.º 1 da LOSJ, não foi promovida qualquer audição dessa entidade.

Procuremos, então, auxiliar esse debate.

¹ REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016.

O TCRS está geneticamente relacionado com o conceito de entidades administrativas independentes, sendo este o **factor agregador, individualizador e identificador da parcela de jurisdição** que lhe cabe, ou seja, o elemento histórico, teleológico, textual e sistemático de sentido que, dentro do ordenamento jurídico, justifica esta especialização.

Tal conceito foi assumido desde o início do TCRS em sentido amplo, ou seja, equivalendo ao conceito das “autoridades administrativas independentes (AAI), de cunho francês”, que inclui quer as entidades administrativas independentes com funções de regulação económica, quer as entidades criadas para defesa de certos direitos fundamentais, como a regulação dos meios audiovisuais e o controlo do direito à autodeterminação informativa². Incluem-se nesta segunda parcela a ERC e a CNDP.

Não se encontram razões, do ponto de vista dogmático-conceitual, para restringir o conceito, limitando-o às entidades administrativas independentes com funções de regulação económica.

Poderiam, é certo, existir razões de natureza prática ou de conveniência que justificassem essa restrição conceptual, para efeitos de atribuição de competência ao Tribunal. Mas também neste plano não se encontram fundamentos, uma vez que a assunção prática do referido conceito amplo reflectiu-se na consolidação jurisprudencial sobre essas competências sancionatórias, acompanhada de pedagogia da actividade destas autoridades ao longo dos últimos 5 anos, seja na afirmação do *due process* seja na apreciação substantiva dos tipos contra-ordenacionais.

Adicionalmente, deve-se lembrar que a resposta do TCRS tem sido de uma absoluta eficiência nestas matérias, com tempos de resolução inferiores a 30-45 dias entre o recebimento do processo e a prolação de decisão final em 1.ª instância.

Pelas razões expostas, entendemos que o artigo 112.º, n.º 1, da LOSJ, deve incorporar o conceito de entidades administrativas independentes em sentido amplo,

² Maria Fernanda Maçãs, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, julho e agosto de 2006, p. 23-24. Refere textualmente a autora o seguinte: “Na Europa, a figura das autoridades reguladoras independentes veio a ser compreendida no contexto mais amplo das autoridades administrativas independentes (AII), de cunho francês, a qual integra outras entidades públicas independentes, porém com outras funções que não a regulação dos meios audiovisuais, o acesso a documentos administrativos e o controlo da informatização de dados, etc. Podemos, desta forma, dizer que as autoridades administrativas visam corresponder a necessidades que se fazem sentir em dois domínios fundamentais, por um lado, assegurar a regulação de sectores sensíveis ou estratégicos, cuja atividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência; por outro lado, proteger os direitos à transparência e à informação, contra o risco da actuação burocrática e arbitrária da Administração”.

incluindo a CNDP, e assumindo-se no corpo do preceito esse elemento individualizador nos termos acima propostos.

*

A referência a *infracções ao direito da concorrência* do n.º 3 e a do n.º 4 do art.º 112.º é equívoca quanto à delimitação da competência material, sugerindo-se a **decomposição do n.º 3 de acordo com os vários tipos de acções em causa**, como a demais técnica legislativa utilizada para a definição do foro jurisdicional prevista nos artigos 111.º, n.º 1, 113.º, n.º 1, 114.º, n.º 3, 122.º, n.º 1, 123.º, n.º 1, 124.º, n.º 1 e 2, 126.º, n.º 1 e 128.º, n.º 1 da LOSJ.

*

Os Juízes do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão disponibilizam-se para eventual prestação presencial de esclarecimentos ou outra audição que a Assembleia da República e a Comissão de Economia e Obras Públicas entendam por convenientes.

*

Com os melhores cumprimentos,

Sérgio Sousa,

Marta Campos,

Alexandre Baptista.