

CURSO DE FORMAÇÃO EM DIREITO DA CONCORRENCIA

Centro de Estudos Judiciários, 8 de Fevereiro de 2013
(Prova/meios de obtenção)

Lei da Concorrência - Lei 19/2012, de 8 de Maio. Proposta de Lei 45/XII/1 – GOV.

Poderes da AdC – 5º/1

“o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência que para o efeito dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação”.

Natureza Jurídica: art.º 1º do DL 10/2003, de 18.01

“uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de autonomia administrativa e financeira

art.º 7º LdC

dispõe de poderes **sancionatórios**, em cujo exercício lhe cumpre

“identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei” (al. a);

A Lei da Concorrência tipifica como infracções em sede de práticas restritivas da concorrência

- os comportamentos descritos nos art.º 9, 11º e 12º - art.º 68º/1, al. a) – no mercado nacional;
- os comportamentos descritos nos arts. 101 e 102 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia – art.º 68º/1.al.b) – no mercado interno;

Aos quais se aplica o processo sancionatório, p.
na secção II, Capítulo II – art.º 13º

Estatuto processual do visado

não incriminação no cumprimento de obrigações de esclarecimento impostas pela AdC – cf. Ac. RL de 15.2.2011 e 6.4.2011;

investidura da posição como visado/ exercício de direitos de defesa – reparos feitos pelos Pareceres do CSM e AdC em sede de consulta no processo legislativo da Proposta de Lei 45/XII/1º GOV;

publicidade/segredo de justiça;

acesso aos processos e a documentos que deles constam – o relevo que possam ter para o exercício do direito de audição prévia à decisão a proferir.

preparação de defesa acesso a informação de carácter confidencial, por segredo de negócio (Ac.TC.461/2011, v.g).

PROVA

art.º 13º

Aos processos por infracção ao disposto nos arts. 9º, 11º e 12º, da LdC e 101º e 102º do TsFUE aplica-se o disposto na LdC e subsidiariamente o DL 483/22 (RGCOOC).

art.º 41º do RGCOOC

são subsidiariamente aplicáveis as regras do processo criminal (leia-se **processo criminal** e não Código de Processo Penal, o que será relevante para efeitos de buscas e apreensão de dados informáticos, a propósito da Lei 109/2009, ou Lei do Cibercrime).

Art.º 17º-

- a AdC procede à abertura de processo de **inquérito** por prática proibida, oficiosamente ou na sequência de denúncia.
- tal inquérito visa a determinação do facto, imputação a agentes e prova.

Em sede de inquérito, admite-se:

- interrogatório de visados – pessoas singulares, entidades abstractas (art.º 18º);
- inquirição (art.º 18º);

Quanto a estas duas diligências a AdC tem poder de **iniciativa, poder de decisão e poder de execução.**

Buscas

- tem poder de **iniciativa** e de **execução vinculada**, competido o poder de decisão quanto à diligência, às autoridades judiciais – art.º 18º/2, 3 e 21º, da LdC
- execução de buscas a instalações, meios de transporte de empresas, tendente à recolha e apreensão de extractos de escrita, documentos, independentemente do suporte em que se encontrem (art.º 18/1, al.c).
- selagem de locais em que tais elementos se encontrem, incluindo computadores, para a realização de tais diligencias (art.º 18º/1, al. d).

- em caso de **fundada suspeita** que em domicílios de sócios administradores, trabalhadores, colaboradores de empresas existam provas de **violação grave ao disposto nos arts. 9º e 11º, 101º e 102 do TsFUE** admite-se busca domiciliária, mediante autorização judicial (art.º 19º/2 a 4)
- requerimento da AdC deve densificar gravidade da infracção, relevância do meio de prova, a participação da empresa envolvida, a razoabilidade da suspeita de que tal prova se encontra nos locais a buscar.

- em caso de fundada suspeita que **noutros locais** existam provas de **violação grave** ao disposto nos arts. 9º e 11º, 101º e 102 do TsFUE admite-se busca, incluindo **viaturas** dos sócios, administradores, trabalhadores e colaboradores, mediante autorização da autoridade judiciária competente (art.º 19º/8).
- as buscas a escritórios de advogados ou consultórios médicos são obrigatoriamente presididas por Juiz de instrução, mediante pré-aviso a representante das respectivas ordens – art.º19º/7, da LdC.

- as buscas a instituições bancárias são presididas por Juiz de instrução (como se extrai da redacção do art.º 20º/6 a 8, LdC, ainda que esta norma se refira a apreensões, a mesma pressupõe logicamente a entrega coerciva de elementos em local não livremente acessível ao público, e como tal a realização de busca, ordenada e presidida pelo Juiz de instrução). É critério legitimador da apreensão o relevo para a descoberta da verdade e prova, **mesmo que não pertençam ao visado** (no processo de inquérito, instaurado pela AdC nos termos do art.º 17º) – cf. art.º 79º/2, al. f) e 87º do RGICSF.
- Desta norma extrai-se que pode não existir coincidência entre o visado com a busca e o visado com o processo, tal como sucede no Código de Processo Penal.

- não é admissível a apreensão de elementos abrangidos por segredo médico e de advogado, salvo se eles constituam **objecto ou elemento** da infracção – art.º 20º/5, da LdC.
- aplicam-se subsidiariamente as normas previstas no Código de Processo Penal –
 - validade dos mandados de busca por 30 dias, sob pena de nulidade – 174º/4, do Código de Processo Penal.
 - não sendo a AdC a entidade com competência para ordenar buscas, deve o cumprimento do mandado ser sindicado pela autoridade que o emitiu, em 72 horas (assim parece pelo disposto no art.º 20º/1, da LdC: “as apreensões de documentos são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária”).
- tem sido a prática em sede de investigação criminal, na interpretação que tem sido dada ao disposto no art.º 178º/5, do Código de Processo Penal.

Conteúdo do mandado e do despacho cuja cópia é entregue

Recurso interposto no NUIPC 7447/08.2 TDLSB.

- Carácter vago dos despachos que determinaram buscas, configurando mandados em branco que não permitem aos visados sindicar a legalidade do que se pretende - abusiva intromissão na privacidade (art.32º/8, da Constituição da República Portuguesa), e consequente nulidade de prova obtida – art.º 126º/3, do Código de Processo Penal.

Nos termos do disposto no art.º 18º/3 e 4, al. b), da LdC é entregue ao visado cópia do despacho que defere a realização de busca e apreensão (norma equivalente ao disposto no art.º 176º/1, do Código de Processo Penal).

- Os despachos devem enunciar os ilícitos que os fundamentam e as razões que justificam o juízo de que elementos essenciais à prova e descoberta da verdade se encontram em lugar não livremente acessível (juízo argumentativo de necessidade, adequação e proporcionalidade à medida autorizada).
- A entrega do despacho ao “visado”:
 - pertinência do acto;
 - suspeita de ilícito;
 - identificação da autoridade de que tal acto emana .
- Não visa investi-lo na posição de poder exercer contraditório, em fase em que o procedimento se encontra em fase de acusatório (art.º 6º da CEDH - tais direitos podem ser exercidos noutro momento processual).

- Também não há obrigação que do despacho constem todos os elementos subjectivos e objectivos a apreender (segredo justiça – 32º/2 até dedução de nota de ilicitude – art.º 33º/2, da LdC);
- cf. Ac. RL (Desembargadora Ana Brito) processo 54/2006-9:
 - é o critério da investigação que determina a razoabilidade da busca e selecção dos objectos apreendidos;
 - as razões determinativas de busca não têm que abarcar nem os reais meios de prova em que os indícios de infracção assentam, o que bem se compreende para que a investigação não seja manipulada a partir da data em que o mandado é entregue ao visado;
 - os mandados cobrem objectos relacionados com a infracção, quer na posse do suspeito quer na posse de terceiro.

Questões a propósito da Lei 19/2012

1. - entidade competente para a realização de buscas a veículos, e demais enquadradas no art.º 19º/8, da LdC;
2. - latitude com que é admissível a apreensão de dados informáticos, designadamente os relativos a correio electrónico;
3. – latitude com que é admissível a apreensão de elementos cobertos por segredo profissional de advogado.

buscas a veículos, e demais enquadradas no art.º 19º/8, da LdC

Parecer do CSMP em sede de consulta sob a proposta de Lei 45/XII/1 GOV.

Faculdade colocada sistematicamente no dispositivo reservado a buscas domiciliárias (da competência do Juiz de Instrução).

Nos termos do Código de Processo Penal, é competente para ordenar buscas a viaturas, o Ministério Público – 174º/2 e 3.

As sanções aplicadas em processo-crime, implicam maior compressão de direitos, liberdades e garantias.

Nos termos literais do art.º 21 da LdC, Ministério Público da área da sede da AdC é competente para autorizar as diligências previstas no art.º 19º.

Referência apenas pode entender-se buscas a viaturas ou outros locais (que não domicílios),

Os requisitos impostos pelo art.º 19/8, da LdC - não a identificação da autoridade judiciária competente, mas com especiais exigências de fundamento: fundada suspeita de que neles sejam guardadas provas de violação grave dos artigos 9º, 11º da LdC e 101º e 102º do TsFUE.

Dados informáticos e correio electrónico

- LdC sem posição expressa sobre pesquisa e apreensão de elementos em ambiente informáticos.
- 41º do RGCOG - subsidiariamente os preceitos reguladores do processo criminal.
- Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias, a propósito da proposta de Lei 289/X (Lei do Cibercrime): o legislador pretendeu consagrar num único diploma toda a realidade relativa a investigações que envolvam ambiente informático.

A lei do Cibercrime cinde duas operações:

- autorização de pesquisa em sistemas informáticos, ou a outros a partir dos primeiros acessíveis (p. explo. Servidores) – da competência o Ministério Público - art.º 15º/1 e 5.
- apreensão – art.º 16º/1 – Ministério Público.
- noção de sistema informático – art.º 2º da Lei do Cibercrime.
- validade do mandado de 30 dias – art.º 15º/2, da Lei do Cibercrime.
- No processo parlamentar que aprovou a Proposta de Lei 45/XII/1 GOV, não passou a tentativa de se introduzir no texto legal um preceito que equivaleria a um 18º-A, proposto pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista (assemelhando pesquisa/apreensão a perícia).

Seja por aplicação do disposto no art.º 20º/1, da LdC seja por via do disposto no art.º 16º da Lei do Cibercrime, parece que deverá existir a emissão de ordem de validação do resultado do mandado.

Tal ordem não deverá sindicá-lo o relevo dos elementos cuja apreensão se pretende, mas tão-somente a conformidade do acto de apreensão com a ordem que o habilita.

- A pesquisa, tendente à apreensão, pode ser feita no local da busca, em momento posterior no suporte apreendido, ou a partir de clonagem de suportes feitos no local.

suportes clonados, discos externos ou *pen drives* não integram o conceito de sistema informático.

As operações sobre eles incidente - exame processualmente estabelecido no art.º 171º do Código de Processo Penal, ainda que exista instrumentalmente uma pesquisa.

(Seria o mesmo que se considerar que o exame à escrita de uma sociedade corresponde a uma busca!)

Não há caducidade do mandado

Computadores, ou outros sistemas como IPAD, há caducidade do mandado que exige renovação!

(lei quis evitar a concessão de mandados em branco sem controle por parte da autoridade de que emanam – neste sentido Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica, fls. 471).

Problema das “clouds”.

Correio electrónico

- LdC no art.º 18º/1, al. c) “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extractos de escrita e **demais documentação, independentemente do seu suporte**”.

Em relação à anterior Lei, a redacção do preceito representa inovação apenas no inciso “independentemente do seu suporte”.

No processo legislativo que aprovou a LdC, duas das consultas Proposta de Lei 45/XII/1 GOV, mencionam expressamente este aspecto CSM e AdC

“hoje a actividade empresarial é toda registada em ambiente informático. Não são dados da vida privada que estão em causa, e que nem sequer deveriam estar no correio electrónico das sociedades. Trata-se de informação afecta às facetas comercial, técnica, financeira, contabilística, para a prova de práticas concertadas ou abuso de posição dominante”.

O argumento pode funcionar de modo reversível:

Nos termos do art.º 73º da LdC a responsabilidade pela prática de contra-ordenações atinge directamente pessoas singulares, e por repercussão as pessoas colectivas, nos casos em que:

- a infracção tenha sido cometida em seu nome e no interesse colectivo, por pessoas que nelas ocupem posição de liderança ou por quem actue sob autoridade das mesmas com violação de deveres de vigilância ou controlo que às primeiras incumbem (73º/2, al.a) e b).

A investigação afectará necessariamente uma dimensão de privacidade de sujeitos que não personificações legais ou abstractas.

A admissibilidade do meio de prova não se mede pelo resultado, mas pelo ambiente em que ocorre.

- 34º/4, da Constituição da República Portuguesa, é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, salvo nos casos previstos na lei em matéria de **processo criminal**.
- 42º/1, do RGCOOC, não é permitida a intromissão na **correspondência** ou nos meios de telecomunicações, nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.

O Código de Processo Penal (redacção originária) maior protecção à palavra dita que à palavra escrita. Esta enquadrada em apreensão de documentos, salvo correspondência endereçada a destinatário determinado, não aberta pelo mesmo – 179º Código de Processo Penal.

1998 submeteu a interceptação de correspondência electrónica ao regime das interceptações telefónicas (comunicações).

Assimetria:

Comunicações por fax e telegrama, desde que conhecidos do destinatário (documento - 178º do Código de Processo Penal).

Correspondência quando o seu conteúdo não seja conhecido do destinatário (179º do Código de Processo Penal).

O correio electrónico guardado em suporte informático equipara-se ao regime das interceptações telefónicas (Paulo Pinto Albuquerque, ob. ref. p. 525)

art.º 17º da Lei do Cibercrime, quando no decurso de pesquisa informática, ou outro acesso legítimo, forem encontradas, armazenadas nesses sistema informático, mensagens de correio electrónico, **o Juiz** pode autorizar a apreensão daquelas que se apresentem de grande interesse para a descoberta da verdade, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.

Não se distingue consoante a mensagem tenha sido, ou não, lida

doutrina

A palavra falada (por natureza volátil e efémera) - tutela no art.º 26º da Constituição da República Portuguesa.

A palavra escrita (em suporte digital) tem potencial de eternização - tutela constitucional no art.º 34º/1 e 4 da Constituição da República Portuguesa.

Rita Castanheira Neves: segundo caso ocorre protecção constitucional da inviolabilidade da comunicação, ou do direito de auto-determinação informacional, nas palavras de Benjamin Silva Rodrigues.

- para a comunicação falada, o legislador consagra o regime das intercepções telefónicas;
- para a comunicação dirigida por correio electrónico o legislador consagrou o regime previsto no art.º 17º da Lei do Cibercrime, equiparando-a processualmente ao regime da intercepção de correspondência.

Visão bipartida:

- do envio à recepção, mensagem não lida - estamos perante comunicação em curso – o seu conhecimento está enquadrado no art.º 18º da Lei do Cibercrime, aplicando-se os requisitos das interceptações de comunicações, p. nos arts. 187º a 189º, do Código de Processo Penal.
- após recepção, encontrando-se armazenadas, gozam de protecção específica de arquivos que já foram comunicação, tem termos de privacidade – este o sentido do Ac. da Relação de Lisboa de 20.2.2011 – art.º 34º/4 da Constituição da República – reserva judicial – art.º 17 Cibercrime e 179º Código de Processo Penal (todos os requisitos de substancia do preceito);

Visão tripartida:

- no percurso de transmissão do emissor ao destinatário – conhecimento só por via do regime da interceptação, p. no art.º 18º da lei do Cibercrime.
- após entrega da mensagem no destinatário, sem prévio conhecimento de conteúdo por este – comunicação finda, em situação de jacência no arquivo. Obtenção processual por via do disposto no art.º 17º da lei do Cibercrime, assimilando-se ao regime da apreensão de correspondência.
- conhecido o seu conteúdo pelo destinatário, ocorre perda de vicissitudes que assimilam o ficheiro à tutela de correspondência p. no art.º 179º do Código de Processo Penal. Está esgotado o procedimento técnico, dinâmico, intersubjectivo do acto, merecedor de especial tutela, devendo ser encarado como um vulgar ficheiro (documento), armazenado em sistema – Paulo Dá Mesquita, e Manuel da Costa Andrade, e Ac. Relação de Lisboa de 2.3.2011 e 15.7.2008.

Neste enquadramento dogmático, o mandado de pesquisa é da competência do Ministério Público (apreensíveis quaisquer ficheiros, fora das condições impostas pelo art.º 179º do Código de Processo Penal)

Conselho Consultivo PGR 127/2004 (solicitação do Presidente do Conselho da AdC)

- art.º 34º/1, da Constituição da República Portuguesa - inviolabilidade da correspondência e outros meios de comunicação privada.
n.º 4: proibida a ingerência das autoridades salvo nos casos previstos na lei em **matéria de processo criminal**;

Questão: Os valores em causa são exclusivos da pessoa humana, por referência à comunicação privada?

art.º 12º/2, da CRP – as pessoas colectivas (neles se incluindo as sociedades) gozam dos direitos ... compatíveis com a sua natureza.

A expressão de vida privada abrange tudo o que não é público, profissional ou social.

A aplicação desses princípios às pessoas colectivas pouco irá além de áreas de segredo como segredo de negócio e segredo de correspondência.

À luz do ordenamento jurídico português as pessoas colectivas gozam do **direito à inviolabilidade da correspondência**.

Gomes Canotilho e Vital Moreira: sigilo de correspondência abrange não só toda a correspondência de pessoa a pessoa, em termos de conteúdo, **mas o tráfego**, como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização).

art.º 8º/1, da CEDH exclui do âmbito de protecção de correspondência “os documentos já recebidos e arquivados – cf. queixa 21962/93 e Jurisprudência firmada pelo TEDH, cit. por Irineu Cabral Barreto, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed. 1999, Coimbra.

O sigilo de correspondência mostra-se inelutavelmente arreigado ao processo de transmissão de uma comunicação.

O correio electrónico não alterou o acto de comunicação enquanto tal. A mudança é de forma e não de substancia (não é substancialmente diferente de qualquer outra forma de expressão escrita como uma carta).

A protecção penal de correspondência esgota-se na protecção da privacidade em sentido formal, restringida à abertura não consentida de encomendas, cartas ou escritos fechados, ou à divulgação do seu conteúdo – art.º 194º/1 e 3, do Código Penal.

Tal não sucede com apreensão de correspondência, pertença da pessoa colectiva, já aberta e arquivada em suporte escrito ou digital e circulando aberta nos seus serviços.

O sigilo da correspondência ou de telecomunicações vocaciona-se como tendencialmente absoluto, cedendo apenas nos termos e pelo modo previsto no Código de Processo Penal (art.º 179º)

Nos processos de contra-ordenação não é admissível a apreensão de correspondência nem a intromissão nas comunicações privadas como meios de obtenção de prova, sendo nulas as provas assim obtidas (art.º 34º/4 da Constituição da República Portuguesa).

Assim sendo como abordagem conclusiva:

- **mensagens de correio electrónico abertas, sim, independentemente do local/suporte em que se encontrem guardadas;**
- **pesquisa de caixas de correio electrónico – não (jurisprudência proferida no Ac. RL. 11.01.2011).**

Apreensão de documentos a coberto de segredo de advogado.

Consulta no processo legislativo: Bastonário da Ordem dos Advogado pugnou pela inadmissibilidade da solução legislativa, uma vez que o art.º 71º do estatuto da Ordem dos Advogados apenas admite apreensões em **processo crime**, e em relação a investigações em que o advogado **tenha sido constituído como arguido**.

- A redacção do art.º 20º/5, da LdC é igual à redacção que consta no art.º 180º/2 do Código de Processo Penal.

(**documentos** abrangidos por sigilo profissional só podem ser apreendidos se constituírem elemento ou objecto da infracção).

UE

Eric Barbier de la Serra “procedural justice in European case-law concerning the rights of defense – essentialist and instrumental trends (European public law, v. 12, issue 2, p. 225 ss.):

Direito de defesa não é um princípio, é um direito subjectivo fundamental.

O segredo profissional de advogado é um dos seus corolários, e por decorrência do direito que assiste a qualquer parte interessada tem em consultar um advogado sem qualquer espécie de restrições, presente ou futura.

TJUE – (press release 90/2010) - o processo Akzo Nobel Chemicals Vs Comissão,

o segredo profissional de advogado está sujeito a duas condições cumulativas:

- a troca de informações com o Advogado tem de estar relacionada com direitos de defesa do cliente;
- a troca de informações terá de ser estabelecida com advogados que não mantenham com o cliente uma relação de emprego (in-house lawyer).

Isto porque enquadrado em relação de trabalho, o advogado, por natureza, não ignorará as estratégias comerciais seguidas pela sua entidade patronal, em moldes que afectam a caracterização da sua intervenção como independente.

Além do mais, casos existirão em que o advogado in-house seja encarregue de tarefas que se relacionam com a área da concorrência, como era o caso em apreciação. Essas circunstâncias não deveriam, mas reforçam, as ligações que enformam a relação do advogado com a sua entidade patronal.

latitude que a LdC confere a apreensões em escritórios de Advogados.

configurando duas situações distintas:

- as em que a busca se dirige a visado pelo processo, em circunstâncias que admitem a suposição de envolvimento de advogado em práticas censuradas pela LdC, seja na sua específica área empresarial, seja noutras áreas em que preste consultoria.
- as em que a busca se dirige a não visado pelo processo (nestes casos haverá que fazer apelo à especial fundamentação que enforma a autorização de buscas a locais distintos de empresas – fundada suspeita que aí se guardam elementos de prova de violação grave dos arts. 9º, 11º, da LdC 101º e 102º do TsFUE – art.º 19º/8, da LdC).

208º da Constituição da República Portuguesa, “a Lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

- 87º do EOA (segredo profissional):

1 – incide sobre todos os factos cujo conhecimento advém do exercício de funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente:

- a) factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste;
- c) factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado ou ao qual preste colaboração;
- d) factos comunicados por co-autor, co-réu ou co-interessado do seu constituinte ou pelo respectivo representante;
- f) factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.

2 - A obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado **envolva ou não representação judicial ou extrajudicial**, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço

3 - abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, directa ou indirectamente, com os factos sujeitos a sigilo.

Realidade mais restrita – apreensão de documentos, quando na realidade incide sobre apreensão de correspondência – art.º 71º do EOA

- não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão.
- 2 - A proibição estende-se à correspondência **trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato** e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado.
- 3 - Compreendem-se na correspondência as **instruções e informações escritas sobre o assunto** da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado.
- 4 - Exceptua-se o caso de a **correspondência respeitar a facto criminoso** relativamente ao qual o advogado tenha sido **constituído arguido**.

Sinteticamente estamos a falar de instruções para um acto no exercício da profissão, e não o resultado do acto em si.

Note-se que este conceito de correspondência não tem coincidência com o conceito de correspondência a que se fez referencia, nos termos do que dispõe o art.º 34º da Constituição da República Portuguesa.

Não é o canal da comunicação, ou circunstância de constar de suporte aberto ou fechado que define o que seja correspondência para estes efeitos, mas sim o conteúdo do qual se extraia a vontade do cliente e o diálogo mantido a propósito.

Razão de ser da proibição parece óbvia: em sede de instruções dadas o cliente pode estar a confessar um ilícito

Em síntese para concluir:

Advogado não visado pelo processo - correspondência trocada com o cliente, em sentido lato, como tal definida no art.º 71º do EOA, não é possível a sua apreensão.

- quanto a elementos abrangidos por segredo, apenas e na medida em que constituam objecto ou elemento da infracção

Advogado visado pelo processo - as garantias de defesa consagradas no art.º 32º/1 e 10, da Constituição da República, para conformação de um processo justo e equitativo na acepção do disposto no art.º 6º/1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, concretizam-se no direito de defesa em posição não inferior, ou de substancial desvantagem, em relação à posição oponente.

Neste sentido o Ac. Barbéa, Méssengué e Jabardo, de 6.12.1988, e Kostovski, de 20.11.1989, do TEDH, mencionados por Irineu Cabral Barreto, in ob. cit., pág. 133.

As normas que se elencam não podem fundamentar um privilégio estatutário de advogados, no que respeita aos demais cidadãos, e relativamente a meios de obtenção de prova que contra si possam ser accionados no âmbito de investigações, quer sejam de natureza criminal quer de natureza contra-ordenacional, por infracções cometidas no exercício de funções.

(neste sentido a posição do Ministério Público, em recurso interposto no processo 7447/2008, que mereceu o acolhimento pelo TR de Lisboa)

Outras questões relativas a prova:

41º/1, do RGCOG:

- testemunhas não são ajuramentadas, na fase administrativa do processo
- limites do depoimento – factos que possua conhecimento directo – 128º, do Código de Processo Penal.
- não é admissível o depoimento indirecto – art.º 129º do Código de Processo Penal, seja por ouvir dizer a outrem, seja por leitura de documento de autoria diversa da testemunha;
- questão do que se ouviu dizer ao visado: até à prática da infracção ou após a prática da infracção – cf. a propósito Paulo Pinto de Albuquerque – ob. cit., anotações aos preceitos.
- impedimento de inquirição de co-visados, mesmo em caso de arquivamento – recente jurisprudência das Varas Criminais de Lisboa.

(Direito a um processo justo e equitativo)

art.º 6º da CEDH

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

O julgamento deve ser público.

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

College of Europe – Global competition law centre (Donald Slater/Sebastien Thomas/Denis Waelbroeck) base de trabalho de 2008:

- a propósito dos poderes da Comissão Europeia em sede de procedimentos de concorrência, procura enquadrar a respectiva legalidade ao abrigo da CEDH, concretamente o direito a um processo justo e equitativo, nos termos do disposto no seu art.º 6.

As decisões que impõem sanções no âmbito dos procedimentos de direito da concorrência equivalem a acusações criminais pelos efeitos que encerram.

Para definição do que seja procedimento criminal ao abrigo do art.º 6 da CEDH fixam-se diversos critérios objectivos (Engels Criteria): jurisprudência resultante do acórdão proferido no processo Engels e outros contra a Holanda – 1982, processo Ozturk e processo Jussila vs Finlândia em 2006.

- classificação da ofensa de acordo com o direito nacional, natureza da ofensa, natureza e severidade da sanção:
 - para definição do que se entende por procedimento criminal para efeitos do art.º 6 da CEDH.
 - se a norma é dirigida a um conjunto específico de sujeitos ou tem abrangência genérica e abstracta (critério distintivo de sanções meramente disciplinares das que encerram as de vertente penal);
 - se as sanções impostas tem natureza meramente compensatória ou tem propósitos de prevenção geral positiva e prevenção especial;
 - o estigma associado à sanção tem relevo;

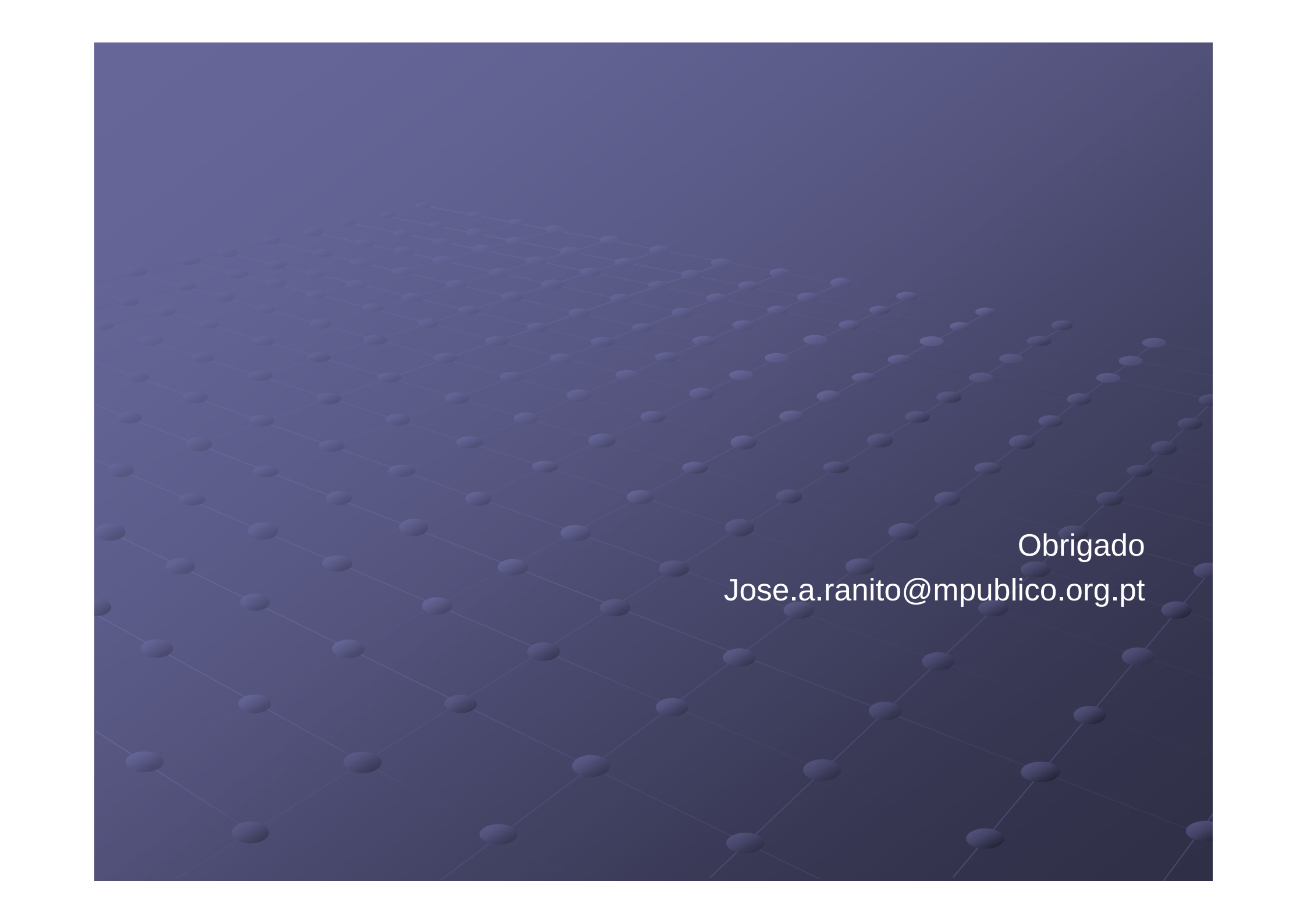
É difícil identificar outras áreas em que as coimas atinjam valores similares aos valores das coimas impostas pela Comissão em sede de procedimentos por violação de regras de concorrência. Muitas vezes o montante das sanções implica a liquidação da sociedade.

Assim sendo à luz do art.º 6º da CEDH, é necessária audição pública perante um tribunal independente e imparcial, em momento prévio à definição da sanção aplicável – Jussila vs Finlândia (pode ser como tribunal de recurso onde o visado possa oferecer a sua prova, ser confrontado com a prova contra si reunida e ter o direito de contraditório quanto às testemunhas).

Não basta um mero controlo de legalidade que pressupõe a decisão administrativa.

O art.º 6º da CEDH demanda o reexame de todos os fundamentos da aplicação de coima.

Mencionam-se estes aspectos, pelo princípio da imediação que suscitam, caso em sede de recurso judicial p. no art.º 83º da LdC, o visado se oponha a decisão por despacho, sem audiência de julgamento (art.º 87º/5), e a propósito dos cuidados que demandam a obtenção de prova testemunhal em sede de inquérito.



Obrigado
Jose.a.ranito@mpublico.org.pt