

**COMENTÁRIOS APRESENTADOS NO ÂMBITO DA
CONSULTA PÚBLICA SOBRE A PROPOSTA DE DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO DA
DIRETIVA 2019/1/UE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 11 DE
DEZEMBRO DE 2018, QUE 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
(DIRETIVA ECN+)**

15 de janeiro de 2020

Para

Conselho da Autoridade da Concorrência

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

A/C:

Dra. Margarida Matos Rosa

Dra. Maria João Melícias

Professor Miguel Moura e Silva

(via e-mail)

Lisboa, 15 de janeiro de 2020

**ASSUNTO: CONSULTA PÚBLICA SOBRE O ANTEPROJETO DE DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO
DA DIRETIVA ECN+**

Ex.^{mos} Senhores,

A Uría Menéndez – Proença de Carvalho (“**Uría**”) vem apresentar as suas observações e os seus comentários à consulta pública em epígrafe (“**Consulta**”) publicada pela Autoridade da Concorrência (“**Autoridade**” ou “**AdC**”) a 25 de outubro de 2019, referente à proposta de anteprojeto (“**a Proposta**”) de diploma de transposição da Diretiva ECN+ (“**a Diretiva**”). Dada a abrangência das modificações propostas e com o objetivo de garantir a harmonia do regime jurídico português, os nossos comentários são apresentados por temas com referências aos artigos das alterações propostas.

Antes de mais, cumpre saudar a AdC pela elaboração desta Proposta, pelo esforço na transposição da Diretiva e pela iniciativa em promover a presente consulta pública com o objetivo de garantir o aperfeiçoamento do regime jurídico de concorrência português em sintonia com as normas europeias.

Não obstante, não podemos deixar de manifestar reservas no que concerne à metodologia adotada, tendo em conta que o Governo português poderia e deveria ter considerado uma metodologia alternativa

de transposição, que não conferisse a condução do processo à AdC, a protagonista principal na aplicação da legislação cuja preparação lhe foi entregue.

De notar ainda a escassa intervenção neste projeto de especialistas em direito administrativo e direito das contraordenações, algo que poderia, efetivamente, garantir soluções coerentes com o sistema jurídico, na sua globalidade. Em termos gerais, antes de nos determos sobre cada um dos aspetos relevantes desta análise, salientamos a relevância de uma correta reflexão sobre o impacto de alterações terminológicas nos direitos e deveres específicos comuns a todos os tipos de processos sancionatórios portugueses.

Os efeitos da transposição da Diretiva no processamento de denúncias devem também ser analisados com cautela. A transparência na definição do caráter prioritário e a necessidade de fundamentação, seja no prosseguimento, seja na rejeição da denúncia, são medidas essenciais para garantir que a advocacia da concorrência em Portugal siga uma trajetória profícua.

A ampliação do alcance dos poderes de investigação e de decisão da AdC, particularmente no que respeita à realização de diligências de busca e apreensão, à obrigatoriedade de prestação de informações e à aplicação de coimas e medidas provisórias, deve ser compatibilizada com as garantias constitucionais e processuais existentes no ordenamento português, nomeadamente o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais e segredos de negócios, o princípio da não auto incriminação e a proporcionalidade na aplicação das sanções.

Uría Menéndez - Proença de Carvalho

1. Alterações Terminológicas

1.1. ELIMINAÇÃO DO TERMO VISADO

A AdC propõe, como alteração necessária à transposição da Diretiva, a eliminação do termo “visado”, preferindo recorrer ao termo “empresa” e “empresa investigada”. Segundo a Exposição de Motivos, o que se pretende é aproximar “*a terminologia e fórmulas redacionais empregues na Diretiva, com as devidas adaptações à cultura e tradição jurídica nacionais*”.

Ocorre que a substituição indiscriminada do termo resulta em efeitos que extrapolam a dimensão meramente terminológica:

a) Estatuto processual do “visado”:

A Lei da Concorrência (“**LdC**”) refere-se ao “visado” enquanto sujeito de direitos e deveres específicos em processos sancionatórios. Por força dos direitos especificamente atribuídos pela lei ao “visado” resulta que a constituição de visado é obrigatória. Na verdade, o n.º 3 do artigo 74.º da LdC dispõe que “*a prescrição do procedimento por contraordenação interrompe-se com a constituição de visado*”. Ou seja, a LdC impõe à AdC o dever de constituir como “visado” um sujeito indiciado da prática de uma infração ao direito da concorrência. De facto, se foi previsto, no mencionado n.º 3 do artigo 74.º da LdC, que a prescrição se interrompe “*com a constituição de visado*”, a única conclusão possível a extrair é a de que existe um momento processual autónomo de constituição de visado. Ou seja, nos termos da LdC (atualmente vigente) sempre que a AdC conclua que recai sobre determinado sujeito a “*suspeita fundada*” da prática de infração ao direito da concorrência deve constitui-lo como visado, sob pena de nulidade.

Neste contexto, eliminar o termo “visado” para o substituir por um termo abstrato e que não corresponde a nenhum estatuto processual específico é, na verdade, mais gravoso do que uma mera alteração terminológica.

Em primeiro lugar, já com a atual LdC se optou por omitir a noção de “arguido”, referindo-se em vez ao termo “visado”. O termo arguido é comum ao sistema penal e contraordenacional português, sendo este o termo adotado para a definição de direitos e deveres que seriam aplicáveis às pessoas investigadas. A denominação formal e a constituição do sujeito enquanto arguido encontram-se associadas a diversas garantias legais e constitucionais.

Não tendo sido definido concretamente qual o estatuto do “visado”, enquanto novo sujeito processual no panorama do direito contraordenacional português, a prática e a doutrina subsequentes deixaram claro que a qualidade de “visado” continua a beneficiar do conjunto de direitos e obrigações atribuídos ao arguido num processo contraordenacional¹.

Aliás, por natureza, o visado, sujeito objeto de investigação no âmbito de um processo contraordenacional, beneficia dos mesmos direitos do arguido, tal como decorre da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) que assegura a este os direitos de defesa no domínio das contraordenações (cfr. artigo 32.º, n.º 10).

Ou seja, indubitavelmente tais garantias devem ser subsidiariamente aplicáveis aos processos sancionatórios previstos na LdC, em razão da relevância das sanções previstas neste normativo e da posição do visado, que, tal como o arguido, se encontra numa posição enfraquecida por estar sujeito a uma investigação.

Ora, a substituição do termo “visado” por “empresa investigada”, se não altera a posição da mesma no processo, dificulta a interpretação das garantias que devem ser subsidiariamente asseguradas a sujeitos no polo passivo de processos sancionatórios no âmbito da LdC. A substituição do termo “arguido” por “visado” já dificultou esta perceção, mas o facto de continuar a existir, contudo, um estatuto processual e um formalismo associados à figura do sujeito sob investigação, permitiu instaurar, na prática, o devido paralelismo com o arguido. O facto de a Proposta utilizar uma expressão que não traduz qualquer estatuto processual, no contexto de processos passíveis de resultar em sanções pecuniárias particularmente elevadas – e, inclusive, substancialmente superiores às penas de multa previstas no Código Penal –, não se coaduna com a proteção legal devida às empresas (e pessoas individuais) visadas no âmbito de processos de natureza contraordenacional.

Em suma, se como a AdC indica na sua Exposição de Motivos, a intenção por detrás desta modificação é meramente terminológica, não se afigura pertinente retirar o formalismo de um termo que se refere a

¹ Para este efeito refere-se, entre outros: (i) a possibilidade de manifestar, por requerimento escrito dirigido à AdC, a sua intenção de iniciar conversações, tendo em vista a eventual apresentação de proposta de transação (artigo 22.º, n.º 2 da LdC); (ii) o direito de propor compromissos que sejam suscetíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das alegadas infrações ao Direito da Concorrência com o objetivo de obter o arquivamento do inquérito (artigo 23.º, n.º 1 da LdC); (iii) requerer que a AdC sujeite o processo a segredo de justiça até à decisão final sempre que os seus direitos o justifiquem (artigo 32.º, n.º 3 da LdC); (iv) a possibilidade de consultar o processo e obter, a expensas suas, extratos, cópias, certidões (artigo 33.º, n.º 1 da LdC).

um estatuto processual fundamental para a proteção dos direitos de defesa de um sujeito visado por um processo cujas consequências podem ser gravíssimas.

Em segundo lugar, nos Estados-Membros e na União Europeia (“UE”) existe uma heterogeneidade quanto à classificação dos ilícitos em direito da concorrência, quer seja criminal, contraordenacional ou meramente administrativos.

Em Portugal, as infrações ao direito da concorrência são contraordenações puníveis com coima e o direito subsidiariamente aplicável é o Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”) ou o Código de Processo Penal (“CPP”), em caso de omissão deste último.

Consequentemente, qualquer transposição de normas europeias neste âmbito deve ser efetuada com as devidas cautelas e adaptações. Assim, no âmbito do direito português, em que o ilícito concorrencial tem natureza contraordenacional, não se deveria admitir a ausência de um estatuto processual concreto para o “visado” que, em harmonia com os restantes processos contraordenacionais, acautelasse, de forma expressa e indubitável, garantias de defesa essenciais.

Neste sentido, a alteração terminológica proposta também acaba por impactar a coerência do ordenamento jurídico português, na medida em que introduz uma divergência normativa para sujeitos de processos sancionatórios da mesma natureza (*i.e.*, de natureza contraordenacional).

Em conclusão, para além de, na nossa opinião, ser necessário e fundamental manter um estatuto processual específico para o “visado”, é também essencial evitar que o regime jurídico da concorrência se torne num terceiro tipo de processo sancionatório, no qual aplicar-se-iam medidas sancionatórias mais elevadas do que no processo penal (onde os bens em tutela são, em regra, tidos como mais prementes) e com menos garantias de defesa do que no processo contraordenacional.

É, pois, determinante, sob pena de inconstitucionalidade, a manutenção do termo “visado” no texto da LdC sempre que se tratar de processos sancionatórios, porquanto as sanções daí resultantes são suscetíveis de impactar os direitos, liberdades e garantias daqueles e impositivas de deveres.

1.2. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESA

A AdC propõe, no artigo 3.º, em referência à noção de empresa, substituir o termo “empresa” por “pessoa”. Assim, de acordo com a proposta incluída no n.º 2 do artigo 3.º, “*considera-se como uma única empresa, para efeitos da presente lei, o conjunto de pessoas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes*”.

O uso do termo “pessoa”, sem mais especificidade, torna a definição confusa e afasta-se da definição fixada na jurisprudência europeia.

Com efeito, a jurisprudência da UE estabeleceu, ao longo dos anos, a doutrina da unidade do grupo económico, *single economic entity*, segundo a qual a delimitação de cada empresa depende, essencialmente, de critérios jurídico-económicos que permitem aferir a existência, ou a ausência, de autonomia na definição da atuação comercial, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) no caso *Béguelin*, de 1971, que definiu a empresa como “o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes”².

Ou seja, a redação atual do n.º 2 do artigo 3.º da LdC corresponde à noção construída pela jurisprudência da UE, sem que seja necessário alterar a respetiva terminologia.

Ademais, o uso genérico do termo “pessoa” não permite traduzir a realidade e conjunto de conceitos que pretende abranger. A norma constante do artigo 69.º constitui o exemplo claro desta falha em que, por um lado, refere-se ao termo “pessoa” de forma genérica no n.º 3 do artigo 69.º (em referência aos antecedentes), mas, por outro lado, refere-se no n.º 4 ao termo “pessoa” para designar “empresas”, no sentido de pessoas coletivas, uma vez que faz referência ao “volume de negócios”. Por outro lado, ainda, no n.º 8, em referência à medida sancionatória aplicável a pessoas individuais, usa-se o termo “pessoas singulares”. Face a isto, somos da opinião que deverá ser mantida uma distinção expressa entre, por um lado, “empresas” e “pessoas coletivas” e, por outro, “individuais” e “pessoas singulares”.

Por outro lado, o aditamento dos n.ºs 3 e 4 ao artigo 3.º resulta em alterações substanciais e relevantes em função da substituição do termo “visado” por “empresa” / “empresa investigada” em todo o texto da LdC. Neste sentido, o n.º 3, ao determinar que “empresa investigada” contempla qualquer pessoa física pertencente à mesma unidade económica e o n.º 4 ao considerar que pode “abranger também associações de empresas investigadas”, ampliam subjetivamente o escopo de futuras investigações, igualando, de forma indevida, sanções mais gravosas que deveriam ser aplicáveis prioritariamente à pessoa coletiva que, em regra, será a principal beneficiária da conduta ilícita.

² C-22/71 - *Béguelin Import Co. contra SA G.L. Import Export*, de 25 de novembro de 1971, parágrafo 8. Tal não significa que, para efeitos de imputação contraordenacional este entendimento não tenha de ser ajustado aos princípios aplicáveis ao ordenamento jurídico nacional.

Assim, é nosso ver que deverá ser mantida a redação atual e, quando e se necessário, fazer referência expressa às pessoas físicas e associações nas disposições da LdC que lhes sejam aplicáveis.

2. Processamento de denúncias

2.1. CARÁTER PRIORITÁRIO

No que respeita à definição de prioridades na política de concorrência por esta seguida, a AdC, em transposição da Diretiva, passa a propor, no n.º 1 do artigo 7.º da LdC, de forma expressa a possibilidade de rejeição do tratamento de questões que considere não prioritárias. De igual modo, são propostas alterações no n.º 2 do referido artigo no sentido de limitar os elementos a considerar pela AdC no momento de decidir aceitar ou rejeitar uma denúncia às “*prioridades da política da concorrência*” e à “*gravidade da eventual infração à luz dos elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados*”, excluindo a necessidade de se considerar a probabilidade de se provar a infração e a extensão das diligências necessárias.

No nosso entendimento, a transposição da Diretiva não impõe retirar os dois critérios do n.º 2 do artigo 7.º da LdC, que permanecem como critérios relevantes na delimitação das prioridades da AdC no exercício das suas atribuições. Neste sentido, entendemos por recomendável a manutenção da redação do atualmente disposto no n.º 2.

2.2. NÃO CONSIDERAÇÃO DE DENÚNCIAS

A AdC propõe como alteração a possibilidade de não dar seguimento a denúncias em razão do seu carácter não prioritário (vide alterações propostas ao artigo 8.º da LdC). Em certa medida, a possibilidade de não consideração de denúncias em razão do seu carácter não-prioritário já estava prevista na LdC. Neste sentido já se pronunciou, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.01.2017, processo n.º 11/15.1YQSTR.S1 (HELENA MONIZ).

A Proposta sugere, agora, que caso o denunciante não apresente observações após a comunicação de inexistência de fundamentos para prosseguir com a denúncia, esta será considerada retirada (n.º 5 do artigo 8.º da LdC) e que as denúncias serão consideradas rejeitadas em vez de arquivadas (n.º 6 do artigo 8.º da LdC). Esta alteração deixa aberta a possibilidade de reapresentação da denúncia e abre a possibilidade a reapresentações sucessivas de denúncias que envolvem os mesmos factos, algo que, no limite, favorecerá práticas como o *sham litigation* e acabará por “entupir” os serviços de processamento de denúncias, prejudicando, em última análise, a prossecução dos fins legalmente

cometidos à Autoridade. É de notar que a redação da atual LdC garante a apresentação de denúncias caso factos novos surgissem ao mesmo tempo que prevenia reapresentações sucessivas de denúncias sobre o mesmo facto. Assim, temos por aconselhável rejeitar as alterações propostas ao n.º 5 e 6 do artigo 8.º.

3. Prestação de informações

3.1. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS

A AdC propõe que se altere o artigo 15.º da LdC, permitindo que a AdC possa exigir por escrito às empresas investigadas todas as informações, dados ou esclarecimentos que considere necessários para efeitos de aplicação da presente lei, em qualquer suporte ou formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis ou outros dispositivos móveis, desde que acessíveis à destinatária.

A AdC propõe ainda que, nos termos do n.º 5 do artigo 15.º da LdC, a destinatária seja obrigada a fornecer as informações, dados ou esclarecimentos requeridos ou respetivos suportes a que tenha acesso nos termos dos n.ºs 1 e 2, consoante o caso, quando tal obrigação não se revele desproporcionada em relação às exigências de investigação, bem como a responder a perguntas ou a prestar esclarecimentos factuais, apenas podendo recusar prestar declarações que impliquem a admissão do cometimento de uma infração.

Ou seja, nos termos das alterações propostas, as empresas investigadas apenas podem recusar a prestações as informações e documentos solicitados caso isso implique a admissão de uma infração. Caso contrário, as empresas poderiam ser punidas nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º da LdC.

Ora, como refere o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/11, de 17 de Junho (CURA MARIANO), a propósito do princípio da não auto incriminação: *“A Constituição da República Portuguesa não consagra expressis verbis este princípio, mas, não obstante essa não consagração expressa, tanto a doutrina como a jurisprudência têm defendido que o nemo tenetur se ipsum accusare tem assento constitucional, sendo considerado um direito constitucional do processo penal não escrito (cfr., neste sentido, Manuel da Costa Andrade, em “Sobre as proibições de prova em processo penal”, pág. 120 e seg., Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, em “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina, 2009, págs. 38-39 e Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, “O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se*

ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português”, Coimbra Editora, 2009, págs. 14-15, e os Acórdão do Tribunal Constitucional n.ºs 695/95, 304/2004, 181/2005, 155/2007 e 461/11, acessíveis na Internet em www.tribunalconstitucional.pt”.

O direito ao silêncio e à não auto incriminação não visam apenas evitar a confissão do crime, mas impedir que o arguido, no caso visado, seja obrigado a contribuir para a sua incriminação.

O Tribunal Constitucional já admitiu, no acórdão n.º 461/11, de 11 de Outubro (CATARINA SARMENTO E CASTRO), que o artigo 15.º da LdC era constitucional. Contudo, como ali se refere, “*A compressão do conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, exercida pela proteção constitucional do princípio da concorrência, implica que o domínio de abrangência de tal direito não abarque, assim, a possibilidade de o arguido, em processo contra-ordenacional por práticas anticoncorrenciais, recusar a prestação de informações e a entrega de documentos, que estejam em seu poder e lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, pressuposta a dimensão objetiva desses elementos, desprovidos de conteúdo conclusivo ou juízo valorativo, no sentido auto-incriminatório. (...) De facto, os deveres de colaboração, plasmados na lei, em ordem a conferir proteção efetiva aos interesses, constitucionalmente valiosos, da concorrência e do funcionamento equilibrado dos mercados – estruturantes do Estado de direito democrático – comprimem o conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, no âmbito contra-ordenacional em análise, mas deixam intocado o seu conteúdo útil essencial, funcionalmente operante, na vertente do direito a não prestar declarações sobre os factos imputados, atenta a sua virtualidade auto-incriminatória*”. O poder de exigir “esclarecimentos”, por não se tratar já de informações objetivas ou documentos, mas antes de verdadeiras declarações sobre factos imputados, não só não é exigido na Diretiva como ofende o núcleo essencial do direito à não auto incriminação. Ainda se pode aceitar que o visado seja obrigado a prestar informações ou entregar elementos. Mas não é aceitável que o visado seja obrigado a esclarecer a Autoridade da Concorrência, com o que isso parecer implicar: colaborar positivamente no sentido de afastar dúvidas ou ambiguidades.

3.2. MENSAGENS DE E-MAILS E SMS

A AdC propõe que nos documentos que podem ser exigidos aos arguidos se incluam mensagens de correio eletrónico e mensagens instantâneas.

Sucedem que e-mails e sms são correspondência (cfr. artigo 17 da Lei do Cibercrime) e apenas podem ser apreendidas em processo penal por ordem de juiz (artigo 34 da Constituição e 18 da Lei do Cibercrime), não sendo admissíveis em processo de contraordenação (artigo 42 do RGCO).

Conforme refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE: «*As comunicações já recebidas pelo destinatário e guardadas em suporte digital estão incluídas no âmbito da proibição legal, como resulta do disposto no artigo 189.º do CPP. Por exemplo, as mensagens de email (já abertas ou não) arquivadas no computador ou as mensagens arquivadas no cartão de telemóvel não podem ser aproveitadas como meio de prova de uma contra-ordenação*» (PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2011, página 159).

Exigir ao visado a entrega de e-mails ou sms é uma forma de defraudar a proibição de apreensão de correspondência, consubstanciando uma forma de violação do sigilo da correspondência previsto no artigo 34.º da Constituição, pelo que a alteração deve ser aceite.

4. Diligência de Busca e Apreensão

4.1. COMPETÊNCIAS DA ADC

A Proposta de transposição da Diretiva resultou em alterações relevantes nas competências da AdC no que diz respeito aos meios e competências de investigação. Com efeito, as alterações propostas procedem ao alargamento das competências da AdC no que respeita à realização de diligências de busca, a exigir a prestação de informações, a ordenar a aplicação de medidas provisórias e a reforçar o carácter vinculativo de compromissos propostos em resposta às preocupações jusconcorrenciais identificados por essa Autoridade. Neste sentido, com a Proposta, a AdC propõe a ampliação da sua competência investigativa em matéria de diligências de busca, pedidos de informações e inquirições, propondo também alterações nas hipóteses de imposição de medidas provisórias e no papel da autoridade judiciária.

A) Abrangência das buscas

i) Geográfica

As alterações propostas pela AdC à LdC resultam, em última análise, na ampliação geográfica das suas competências em matéria de realização de buscas. Em particular, as alterações propostas ao disposto no n.º 1, a) e c) do artigo 18.º-A autorizam a AdC a aceder e selar instalações que excedem a empresa objeto da investigação. A ampliação da abrangência geográfica permite também aceder e selar não apenas as instalações, como também dispositivos ou equipamentos da empresa ou grupo de empresas e a elas “afetos”. O alargamento das competências investigativas da AdC é compatível com a transposição da Diretiva, na medida em que não torna totalmente incertos os limites das prerrogativas de *enforcement* da AdC. No entanto, seria aconselhável adotar uma técnica que melhor defina os limites de investigação da AdC, pelo que recomendamos a eliminação da expressão “às mesmas afetos” aliada à manutenção da expressão “estritamente necessária” presente na redação atual do n.º 1, c) do artigo 18.º-A da LdC.

ii) **Buscas em “qualquer suporte”**

As alterações propostas pela AdC também ampliam a âmbito dos seus poderes de investigação aos meios eletrónicos. Na Exposição de Motivos, a AdC esclarece que estas alterações se justificam na medida em que a aplicação eficaz do direito da concorrência exige uma atualização em função da realidade de atuação dos agentes económicos. Sob tal fundamentação, as alterações militam no sentido de garantir à AdC o acesso ou a possibilidade de recolha de todas as informações, dados ou esclarecimentos em qualquer suporte ou formato, físico ou digital (designadamente, documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de sistemas de mensagens instantâneas), independentemente do local em que estejam armazenados, desde que acessíveis à empresa objeto de busca. A alteração resultou numa formulação bastante ampla do disposto no n.º 1, b) do artigo 18.º-A.

Em primeiro lugar, como se referiu, não deve ser admitida a apreensão de e-mails e sms, por violar o sigilo de correspondência. Remete-se, a este propósito, para o ponto 3.2 supra.

Em segundo lugar, convém analisar em que medida as alterações excedem o preconizado pela Diretiva. Para este efeito, as alterações foram propostas no sentido da transposição do artigo 6.º e dos considerandos 30 a 32 e 35 da Diretiva, com este último considerando a estabelecer um princípio da proporcionalidade que limita o direito de investigação das autoridades nacionais da concorrência aos limites necessários à investigação. Noutros termos, os poderes de investigação da AdC “*não [deverão] impor à empresa ou associação de empresas uma obrigação desproporcionada em relação às exigências da investigação, não devendo, nomeadamente, comportar-lhe custos ou esforços excessivos.*” A transposição dessa garantia aos visados não surge refletida no artigo 18.º-A, razão pela qual se sugere a sua inclusão.

O n.º 1, b) do artigo 18.º-A suscita ainda outras reflexões relacionadas com o impacto da recolha e análise do volume da informação potencialmente envolvido; a inexistência de limites objetivos; e a harmonização com o ordenamento jurídico português em particular no que diz respeito ao direito à privacidade e proteção de dados.

Em relação ao volume da informação, a inexistência de qualquer circunscrição dos poderes de investigação da AdC ao estritamente necessário para a prossecução do objeto do processo resulta na possibilidade de busca, exame e recolha de um volume de e-mails e de informação que, não só viola o direito à privacidade de seus titulares como os princípios de eficiência, eficácia e utilização económica de recursos que deveriam orientar a atuação da AdC. A adequação à realidade dos agentes económicos

comporta o acesso a arquivos eletrónicos desde que sujeito à existência de filtros e limites aos dados recolhidos. Neste sentido, faria sentido que a busca em meios eletrónicos refletisse a dinâmica dessas comunicações, ou seja, que a busca não recaísse sobre todo ou qualquer documento armazenado em determinado servidor, mas, por exemplo, elementos relacionados a um dado processo, com determinado assunto, trocados com certo remetente e limitados ao período da conduta investigada. Face a este alargamento das competências de busca e apreensão da AdC, passa a ser fundamental a delimitação do mandato sob pena da violação dos direitos de defesa dos visados e do comprometimento da celeridade do processo, uma vez que a análise de quantidades exorbitantes de documentos eletrónicos será excessivamente demorada. Como tal, seria aconselhável limitar a recolha de informações ao estritamente necessário à investigação, devendo a autorização da autoridade judiciária competente ser suficientemente detalhada de modo a permitir a identificação dos limites materiais de busca, exame, recolha e apreensão a ser promovida pela AdC.

O alargamento dos poderes de investigação da AdC também se desdobra na necessidade de harmonização com as garantias previstas na Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, que transpõe a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Deste modo, considerando a abrangência dos poderes de investigação da AdC presente na proposta, é necessário garantir que o tratamento de dados pessoais esteja de acordo com o previsto no ordenamento português.

Em adição, consideramos que a proposta não reflete as garantias no tratamento dos dados pessoais, em particular aquelas previstas no artigo 4.º da Lei 59/2019, tais como: (i) tratamento de dados adequados, pertinentes e limitados ao mínimo necessário à prossecução das finalidades para as quais são tratados; (ii) conservação dos dados de modo a garantir que os dados inexatos sejam apagados ou retificados sem demora; (iii) proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidentais, recorrendo a medidas técnicas ou organizativas adequadas.

Pelo contrário, o conteúdo proposto pela AdC para o artigo 30.º-A ignora tais garantias ao prever que *“quaisquer dados pessoais contidos em documentos juntos ao processo não carecem de salvaguarda da respetiva confidencialidade face às empresas investigadas”*. Ora, há que limitar o acesso a dados pessoais contidos nos documentos, na medida daquilo que é necessário ao exercício deste direito. Seria, portanto, aconselhável a inserção de um ponto no artigo 18.º-A, especificando que, caso as informações recolhidas em qualquer formato contenham dados pessoais, estes devem ser mantidos nos autos no

limite daquilo que é estritamente necessário à investigação e observando os cuidados no seu tratamento conforme previstos na Lei n.º 59/2019. Da mesma forma, seria aconselhável incluir no artigo 30.º que o acesso a dados pessoais constantes nos autos será garantido quando necessário ao exercício do direito de defesa das demais empresas investigadas.

Por fim, uma preocupação adicional que deveria constar da Proposta respeita à necessidade de garantir a fiabilidade das informações obtidas por meio eletrónico. Tão importante quanto o conteúdo é a garantia de que a informação não sofreu qualquer alteração desde a sua produção. Neste sentido, a inclusão da possibilidade de busca, exame, recolha e apreensão de dados em formato eletrónico deveria ser acompanhado de exigências relacionadas à preservação da cadeia de custódia dos dados recolhidos e à autenticidade dos mesmos, algo que não manifestamente não acontece na Proposta.

iii) **Solicitação de informações no decurso da diligência**

No n.º 1, d) do artigo 18.º-A, a AdC propõe a inclusão de um direito de solicitar informações sobre o objeto e finalidade da busca a *“qualquer representante, trabalhador ou colaborador da empresa ou da associação de empresas”* e registrar as respostas obtidas. À partida, tal prerrogativa encontra-se em contradição com o texto da Diretiva, no considerando 35, que prevê que quaisquer pedidos da autoridade *“não deverão forçar uma empresa ou associação de empresas a admitir que cometeu uma infração, o que cabe à ANC provar”*.

Considerando o contexto em que as buscas previstas neste artigo ocorrem, muitas vezes desacompanhadas de um representante legal, é esperado que informações obtidas de funcionários e colaboradores não reflitam, com precisão, o contexto em que dado documento foi produzido e/ou em que um determinado facto ocorreu. Neste sentido, entendemos por aconselhável suprimir completamente a alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º-A da LdC por violar o direito de defesa das empresas investigadas na medida em que reduz o seu direito à apropriada representação legal e viola o princípio penal da não auto incriminação.

B) Prestação de Informação

No que diz respeito à prestação de informação, a AdC propõe igualmente o alargamento dos seus poderes de investigação através da inclusão de tipos de elementos adicionais que podem ser requeridos nos termos do artigo 15.º. Existe uma questão terminológica a salientar na prerrogativa da AdC prevista no n.º 1, através da qual esta pode solicitar às empresas investigadas *“todas as informações, dados ou*

esclarecimentos que considere necessários para efeitos da aplicação da presente lei”, enquanto o n.º 2 do mesmo artigo garante à AdC o poder de exigir dados ou esclarecimentos “relevantes”. Seria aconselhável rever a redação do disposto no n.º 2 de modo a garantir que terceiros, não envolvidos no processo, incorram em custos desnecessários e se vejam obrigados a prestar informações que, em dado momento, foram consideradas relevantes, mas cuja necessidade pudesse ser questionável.

C) Inquirições

As alterações propostas pela AdC resultam na autonomização da diligência de inquirição como meio de obtenção de prova (artigo 18.º da Proposta). A referida autonomização veio acompanhada de um maior detalhe de alguns aspetos da diligência de inquirição, tais como: (i) elementos necessários à convocatória de inquirição; (ii) possibilidade de realização deste tipo de diligência no exterior por agentes da AdC devidamente identificados; (iii) da elaboração de auto a partir da inquirição; e (iv) a independência do prosseguimento do processo ainda que ocorra não comparência na inquirição.

Apesar de a Proposta ser omissa a este respeito, entendemos ser necessário que, em relação às informações necessárias à convocatória de inquirição, seja incluída uma descrição mínima dos factos relacionados com o objeto da inquirição, bem como a advertência de que o inquirido se poderá fazer acompanhado por um representante legal na diligência de inquirição. A importância desta descrição sumária revela-se principalmente em casos em que o objeto de inquirição tenha ocorrido num período muito anterior à data da inquirição.

D) Apreensão

Sem prejuízo das prerrogativas adicionais contempladas na Proposta, que analisaremos de seguida, de forma geral, e ainda que a inclusão em leis especiais de disposições já constantes na lei geral, subsidiariamente aplicável, seja de evitar, entendemos por útil incorporar especificamente no regime jurídico da concorrência o princípio, resultante da interpretação conjunta dos artigos 124.º e 186.º do CPP, de que não é permitido à AdC apreender e manter informações em arquivo que não tem qualquer ligação com o objeto da investigação, e que todas as informações que não cumpram este requisito devem ser imediatamente excluídas do processo e devolvidas aos destinatários (no caso de cópias impressas) ou destruídas (no caso de arquivos digitais).

No que respeita às soluções propriamente consagradas na Proposta, a AdC propõe a inclusão de um novo ponto no artigo 20.º da LdC (proposto n.º 6) de forma a excluir prerrogativas de segredo profissional

relativamente a contactos entre trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado, vulgo, *in-house lawyers*. Antes de mais, convém apontar que tal inclusão não decorre do texto da Diretiva, que em momento algum pretende reduzir as prerrogativas de segredo profissional a advogados que ocupem simultaneamente a função de funcionários da empresa.

Ocorre que a limitação inserida na proposta prejudica em excesso e sem motivo a atuação do advogado em razão do vínculo jus-laboral. O segredo profissional dos advogados tem fundamento constitucional (artigo 208.º da CRP) e no Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”) (artigo 92.º).

Não obstante existir jurisprudência do TJUE não consolidada que segue a solução consagrada na Proposta³, a inclusão do referido ponto 6 encontra-se em desarmonia com o ordenamento jurídico português (nomeadamente com a CRP), contraria as normas deontológicas e limita uma atuação profícua de advogados de empresa em matéria concorrencial. No que diz respeito à CRP, o artigo 208.º assegura a todos os profissionais as imunidades necessárias ao exercício do mandato, não fazendo qualquer ressalva do vínculo a que tal profissional está submetido. Não parece, neste contexto, que a limitação que a AdC pretende inserir na LdC esteja alinhada com o texto constitucional.

No mesmo sentido, as regras de deontologia, em particular o artigo 92.º do EOA, impõem que o segredo profissional no exercício de suas funções e na prestação dos seus serviços, sem qualquer ressalva do seu vínculo profissional com o cliente. Tal norma tem por função garantir que o advogado, na qualidade de elemento essencial na administração da justiça, possa desempenhar sua função de maneira satisfatória, o que implica o acesso a todas informações relevantes sobre determinado facto.

Em particular, a inclusão parece ser contrária ao papel do advogado de empresa que lida com direito da concorrência. Em adição, é incoerente com outros artigos da LdC. A título ilustrativo, o artigo 69.º da LdC elenca que critérios devem ser considerados na determinação da medida da coima por infrações concorrenciais. Entre estes, encontra-se “o comportamento da empresa investigada na eliminação das práticas restritivas” e “a colaboração prestada à AdC até o termo do processo”. Ambos exigem o envolvimento do departamento jurídico, seja na implementação de um programa de *compliance* efetivo

³ Nomeadamente o acórdão de 14 de setembro de 2010 (processo C-550/07 – “Acórdão Akzo”), onde a redução das prerrogativas de segredo profissional apenas se justificou em função da diminuição da independência profissional como resultado da relação de subordinação laboral.

(no primeiro caso), seja na recolha das informações iniciais sobre a possível existência de uma conduta anticoncorrencial (no segundo caso).

Vale ainda referir que a Proposta não é clara quanto a quem seria a autoridade competente para avaliar que contactos envolvendo funcionários com o título de advogado é que estariam excluídos do sigilo profissional, isto é, parece inexistir um processo adequado para julgar se o fluxo de informações estaria ou não abrangido pelas prerrogativas de sigilo profissional, o que, nitidamente, é suscetível de resultar em incertezas jurídicas e abre espaço para ampla discricionariedade.

Neste contexto, retirar a confiança existente entre o advogado da empresa e o seu cliente (a própria empresa) prejudica a própria função, o desempenho do papel do advogado da empresa e, no limite, a administração da justiça. Assim, entendemos por necessário remover a inclusão do ponto 6 do artigo 20.º.

5. Confidencialidade

5.1. PRERROGATIVA DA ADC DE REVER A CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES

A Proposta contempla a inclusão do disposto no n.º 5 no artigo 30.º, segundo o qual a AdC tem a prerrogativa de aceitar provisoriamente determinada classificação de confidencialidade e, em fase posterior, até mesmo após a decisão final do processo, poder alterar o estatuto de confidencialidade da informação.

De acordo com a Exposição de Motivos, o objetivo prende-se com “*criar um círculo de confidencialidade para efeitos estritamente intra-processuais, permitindo-se o acesso na íntegra ao processo apenas por advogados ou assessores económicos das empresas em causa, sem prejuízo de um ulterior tratamento em maiores detalhes das confidencialidades para efeitos de acesso por terceiros*”.

É de facto necessário garantir que questões auxiliares não prejudiquem a duração razoável do processo. Não obstante, a inexistência de um prazo temporal para revisão de confidencialidades, nos termos da redação constante da Proposta, cria um grau de insegurança jurídica inaceitável para os visados que poderão ver segredos de negócio divulgados mesmo após a decisão final do processo.

Assim, entendemos por necessário limitar a possibilidade de revisão de confidencialidades até a decisão final ou, no limite, até o trânsito em julgado da decisão em questão.

5.2. ACESSO AOS AUTOS V. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A AdC propõe a inclusão do artigo 30.º-A que prevê a possibilidade de acesso a todos os documentos juntos ao processo, independentemente da existência de dados pessoais. Nos termos da Exposição de Motivos, a ampliação do acesso é uma medida necessária à efetivação dos direitos de defesa e já não “*estaria limitada à consulta, sem possibilidade de reprodução, nas instalações da AdC*”.

Ainda que o sistema de consulta anterior, nas instalações da AdC, fosse contraproducente (dado que não protegia os dados pessoais e limitava o exercício do direito de defesa), o sistema atual parece privilegiar em absoluto o direito de defesa em detrimento da proteção de dados pessoais.

Num contexto onde a detenção de informação representa um ativo que adquire crescente importância, a devida cautela faz-se necessária uma vez que detetar o uso indevido de dados pessoais não é tarefa

trivial. Posto isto, é recomendável incluir a referência de que o acesso a dados pessoais constantes nos autos se encontra garantido desde que a informação fosse comprovadamente necessária ao exercício dos direitos de defesa, mediante pedido fundamentado neste sentido.

6. Prazos

A Diretiva, de uma forma geral, dispõe pela determinação e razoabilidade dos prazos em várias passagens: as empresas devem prestar informações em prazo determinado e razoável (cfr. artigo 8.º); a autoridade da concorrência tem competência para fixar um prazo razoável para a empresa requerente apresentar o pedido de clemência completo (cfr. n.º 5 do artigo 22.º); mas também outras, que em menor ou maior medida alargaram ou definiram prazos para que as empresas fossem obrigadas a praticar determinados atos, com o objetivo de conferir segurança e celeridade ao processo.

Além das obrigações impostas às empresas, a obrigação de razoabilidade dos prazos também incide sobre as autoridades nacionais da concorrência. Essa dupla função de razoabilidade de prazos, em particular no que tange à previsibilidade dos prazos encontra-se, por exemplo, refletida no n.º 3 do artigo 3.º da Diretiva, que dispõe que os processos deverão ser conduzidos dentro de um prazo razoável.

Considerando tais obrigações, as contribuições que se seguem procuram apontar em que medida é que as alterações constantes da Proposta parecem incompatíveis com um dos objetivos manifestos da Diretiva: conferir maior segurança e razoabilidade na definição dos prazos.

6.1. PRAZOS MERAMENTE INDICATIVOS

A LdC prevê no seu artigo 14.º a regra geral dos prazos, que se mantém inalterada na Proposta. Ainda que tenhamos por positiva a manutenção de uma regra geral de prazo, existem prazos importantes que beneficiariam de uma melhor determinação no contexto da Proposta de modo a salvaguardar a segurança jurídica, o pleno exercício do direito de defesa, a igualdade de armas e a razoabilidade da duração do processo.

A primeira alteração que merece atenção é a remoção do prazo de dois anos para a AdC reabrir o processo que tenha sido terminado com condições, nos termos do artigo 23.º da LdC. A nova redação proposta deixa em aberto a possibilidade da AdC reabrir o processo não apenas caso as condições sejam incumpridas, mas também na hipótese de ter “*ocorrido uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão de fundou*”.

A decisão da AdC, que seja adotada em sede de controlo de concentrações, quer seja adotada em sede de sancionamento de práticas restritivas da concorrência, é analisada com base em elementos

probatórios atuais ou passados, mas possui efeitos que se protelam no futuro. Sempre que é determinado o desinvestimento de um ativo, é imposta uma coima ou é determinada a proibição de contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa decisão terão um reflexo na atividade da empresa, que adequará a sua atuação em função dessa mesma decisão.

Neste sentido, a possibilidade de revisão indefinida pela AdC de uma decisão de arquivamento viola o princípio da segurança jurídica e não encontra respaldo no texto da Diretiva que se pretende transpor. Pelo contrário, a alteração parece incompatível com o objetivo da Diretiva de impor previsibilidade e razoabilidade na determinação de prazos, razão pela qual entendemos por necessária a manutenção do período de dois anos atualmente previsto na LdC como limite temporal de revisão de decisões de arquivamento pela AdC.

6.2. RAZOABILIDADE DOS PRAZOS APLICÁVEIS AOS VISADOS

Tendo em vista a necessidade de razoabilidade na definição dos prazos, parece-nos necessário proceder à revisão de determinados prazos previstos na LdC, por incompatibilidade dos mesmos com a complexidade e sofisticação que, largas vezes, as investigações promovidas pela AdC revestem.

Assim, por ocasião da transposição da Diretiva e com o intuito de garantir a razoabilidade dos prazos, principalmente aqueles impostos aos visados, parece-nos impositivo rever o prazo para a empresa visada apresentar a sua pronúncia escrita após notificação da nota de ilicitude (cfr. n.º 1 do artigo 25.º). Ainda que o prazo esteja fixado como “não inferior a 20 dias úteis”, tal redação confere à AdC a prerrogativa de que se determine como prazo o período de apenas 20 dias úteis – como, aliás, tem vindo ser prática recorrente – prazo este que é incompatível com a apresentação de uma resposta completa e fundamentada, no contexto de um processo de matéria por vezes extremamente complexa.

Efetivamente, atendendo à antiguidade das condutas por vezes em apreço, do volume e da abrangência da informação a ser considerada, a resposta a uma nota de ilicitude requer a realização de pesados esforços de recolha de informação interna, o envolvimento de diversos assessores externos, algo que acarreta um custo temporal muito superior a 20 dias úteis. Neste sentido, recomendamos, a bem de permitir o correto exercício dos direitos de defesa dos visados, que o prazo mínimo estipulado para apresentação de pronúncia escrita à nota de ilicitude seja definido, à partida, como não inferior a 30 dias úteis.

De igual modo, parece-nos necessário visitar o prazo do n.º 5 do artigo 25.º, uma vez que o prazo mínimo necessário para processar todos os elementos probatórios num ilícito concorrencial – ainda que simples – é manifestamente superior a 10 dias úteis. Seria recomendável que, em observância à previsão de razoabilidade dos prazos, o período para apresentar manifestação em resposta a apresentação de elementos probatórios, não fosse inferior a 20 dias úteis.

6.3. DETERMINAÇÃO DE PRAZOS APLICÁVEIS À ADC

Ainda que os prazos impostos sobre os visados sejam, na maior parte dos casos, preclusivos, os prazos aplicáveis à AdC são meramente indicativos. Efetivamente, o prazo de conclusão da instrução (previsto no n.º 1 do artigo 29.º da LdC) é “sempre que possível” de 12 meses, sendo que, caso tal não seja suficiente para concluir tal fase processual, o Conselho da AdC deverá dar conhecimento à empresa investigada do período necessário para conclusão da instrução (n.º 2 do artigo 29.º da LdC). Igualmente, inexistente prazo para que a AdC se manifeste (seja pela aceitação, seja pela rejeição) após ter recebido uma proposta de transação durante a instrução do processo (cfr. n.º 6 artigo 27.º).

Assim, entendemos que as regras que estabelecem prazos para a AdC concluir uma investigação, antes e depois da emissão da nota de ilicitude, e que provavelmente se inspiraram do quadro legal espanhol, não representaram uma mais-valia particular na prática da AdC. Com efeito, ao contrário do que sucede em Espanha, estes prazos não são obrigatórios e não existem limites às prorrogações unilaterais da AdC. De acordo com a nossa experiência, a AdC regularmente prorroga o prazo, por vezes em três ou quatro ocasiões, sem qualquer outra justificação que não seja a complexidade do caso. Na nossa opinião, estas disposições só serviriam o seu propósito se fossem obrigatórios ou, pelo menos, se o número de extensões fosse limitado.

Em várias ocasiões, temos sido confrontados com a falta de um prazo claro para a AdC responder aos pedidos ou reclamações feitas por empresas ou por indivíduos. Na prática, e de acordo com a nossa experiência, as respostas variam entre cerca de duas semanas a mais de um mês.

Apesar de considerarmos que o prazo geral resultante do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”) se aplica nestes casos, seria útil, em termos práticos, para evitar limbos desnecessários – e prejudiciais ao direito das partes a um processo justo e célere – estabelecer um prazo subsidiário para a AdC dentro deste contexto, nomeadamente um prazo máximo de 10 dias úteis, e aplicável a todos os assuntos que não tenham um prazo especificamente determinado na LdC.

Assegurar um grau relativo de certeza quanto ao tempo de duração de uma determinada investigação não estaria apenas em concordância com a Diretiva – que como referido supra, privilegia a celeridade processual – mas também estaria de acordo com os princípios da segurança jurídica e permitiria que as empresas investigadas gerissem os seus recursos internos de forma mais eficiente⁴. Seria recomendável, neste sentido, que fossem definidos prazos transparentes para que a AdC conclua procedimentos sancionatórios.

6.4. PRAZOS DE RECURSO

No que respeita aos prazos de recurso, ainda que seja de salutar o esclarecimento feito pela Proposta relativamente ao prazo de recurso de decisões interlocutórias da AdC – que passa a ser de 20 dias úteis, de acordo com o n.º 1 do artigo 85.º da LdC – assim acabando com uma discussão interpretativa que, por várias vezes, resultou na apresentação de recursos interlocutórios em 10 dias úteis, não se pode concordar com o facto de a Proposta determinar que tal prazo não é suscetível de prorrogação, independentemente da complexidade da matéria em causa ou da dimensão da lesão potencialmente ocorrida no exercício dos direitos de defesa dos visados.

No mesmo sentido, entendemos que também não se coaduna com o correto exercício dos direitos de defesa dos visados a fixação do prazo de 30 dias úteis, não sujeito a prorrogação, para recorrer de uma decisão final condenatória, previsto no disposto no n.º 1 do artigo 87.º, tal é a complexidade e volume de documentação que os processos da AdC por vezes encerram. A este respeito, das duas uma: (i) ou se permite a prorrogação do prazo para apresentação do recurso da decisão condenatória e depois cabe às empresas visadas fundamentar a necessidade de prorrogação do prazo, (ii) ou se mantém a impossibilidade de prorrogação concedendo um prazo de recurso superior *ad initium*, como por exemplo 40 dias úteis.

6.5. PRAZOS DE PRESCRIÇÃO

No âmbito da Proposta, a AdC promove alterações relevantes no que diz respeito aos prazos de prescrição previstos no artigo 74.º da LdC, que parecem ter por objetivo refletir o artigo 29.º da Diretiva. A primeira alteração relevante versa sobre a possibilidade de interrupção do prazo de prescrição em

⁴ Vide: <http://www.oecd.org/competition/mergers/48825133.pdf>

decorrência da notificação de qualquer uma das empresas investigadas de qualquer ato que possa afetá-la. As inclusões ao n.º 2 do artigo 74.º ainda indicam que a interrupção pode ainda decorrer da notificação de qualquer pessoa que pertença a mesma unidade económica de uma das empresas investigadas.

Ainda que a Diretiva indique no n.º 1 do artigo 29.º que a suspensão do prazo de prescrição começaria a contar a partir da notificação “*da primeira medida de investigação formal a pelo menos uma das empresas objeto do processo de aplicação*”, o disposto na Proposta não se coaduna com o ordenamento jurídico português. Ora, nos termos do n.º 4 do artigo 323.º do Código Civil (“CC”), a interrupção da prescrição ocorre quando é “*dado conhecimento do acto àquele contra quem o direito pode ser exercido*”, razão pela qual o conhecimento do visado sobre a existência do processo, dos factos envolvidos e de eventuais prazos para praticar atos é um elemento fundamental para que a interrupção do prazo de prescrição ocorra.

Parece-nos, assim, manifestamente incompatível com as disposições do CC que a notificação a qualquer uma das empresas investigada – incluindo empresas do grupo não diretamente envolvidas na infração – resulte na interrupção do prazo de prescrição a outras empresas investigadas do processo sem que estas detenham qualquer conhecimento da existência do processo.

Deve ser ainda dado destaque ao facto de a AdC propor ser suficiente para fins de interrupção do prazo de prescrição a notificação de empresas que mantenham entre si “laços de interdependência” ao tempo da infração (cfr. parágrafo 79 da Exposição de Motivos). Uma vez que os laços de interdependência (amplamente delineados no artigo 3.º da LdC) podem ser considerados no momento da infração e que, na maior parte das vezes, investigações de natureza sancionatória ocorrem anos após os factos investigados, a redação tal como proposta permite que uma empresa que não componha a mesma unidade económica no momento da investigação – mas que era parte do mesmo grupo à altura dos factos investigados – seja notificada, assim afetando, de forma incompreensível, a esfera de direitos de terceiros. Considerando a manifesta incompatibilidades desta solução com o ordenamento jurídico existente, não vemos outra hipótese se não sugerir a remoção do aditamento introduzido pela Proposta ao n.º 2 do artigo 74.º da LdC.

A AdC propõe ainda, no n.º 6 do artigo 74.º LdC, a possibilidade de suspensão – sem limite temporal – do prazo de prescrição do procedimento durante o período em que a decisão da AdC for objeto de recurso judicial, “*incluindo recurso interlocutório ou recurso para o Tribunal Constitucional*”. Esta inclusão reflete o n.º 2 do artigo 29.º da Diretiva que prevê a interrupção ou suspensão do prazo de prescrição

na pendência de recursos. Não obstante tal previsão, a redação “sem qualquer limite temporal” foi inserida pela AdC em complemento àquilo que seria necessário para a transposição da Diretiva. Na verdade, a redação proposta pela AdC extrapola o normativo da Diretiva e torna-se manifestamente incompatível com o ordenamento jurídico português, porquanto elimina o limite de suspensão do prazo de prescrição indefinidamente em claro detrato dos princípios da segurança e previsibilidade jurídica. Entendemos por necessária a remoção da Proposta do texto que prevê a extinção da limitação temporal no n.º 6 do artigo 74.º da LdC.

A este propósito, convém recordar os ensinamentos do acórdão uniformizador n.º 6/2001: *“Isto é, se, por um lado, o legislador se apresenta como um lutador contra a eventual morosidade processual e um defensor do estabelecimento de uma «paz social» resultante de um desejo de se evitar uma possível eternização dos processos, que se manteriam sempre pendentes se fossem sendo praticados diversos actos judiciais e processuais geradores do efeito interruptivo da prescrição, como se acha determinado para os crimes, por outro, não faz sentido que, para ilícitos de menor gravidade, como o são as contra-ordenações, se venha ou possa vir a apresentar como um defensor da lentidão da justiça, como um partidário de uma possível ineficiência da Administração em conseguir resolver os problemas ligados à prescrição do procedimento das coimas, por considerar não ser aplicável ao respectivo regime o quadro muito mais apertado previsto para os crimes e que ele próprio, legislador, veio também entender ser aplicável à prescrição das «coimas». (...) E, num sistema unificado, há que aplicar uma regra de direito fundamental, tradicional, *accessorium principale sequitur* (o acessório segue o principal), dado que, quando ela não é cumprida, se torna incompreensível para o cidadão comum que um regime considerado como menos gravoso, por estipular a verificação automática da prescrição desde que tenham decorrido certos prazos taxativos, seja aplicável ao aspecto principal do direito punitivo, os crimes, e que o regime talvez mais justo, mas havido como mais severo, de se verificar interrupção da prescrição, sem limites, em função da simples prática de determinados actos pela Administração, seja aplicável àquilo que todos consideram como multas as contra-ordenações, as quais mais não serão do que ilícitos menores, e, como tal, sujeitos logicamente a punição e a regras punitivas menos gravosas”.*

7. Coimas e outras sanções pecuniárias

7.1. MEDIDA DA COIMA

A AdC propõe várias alterações ao artigo 69.º da LdC, relativo à determinação da medida da coima.

Em primeiro lugar, propõe acrescentar um n.º 3 sobre a apreciação dos antecedentes para efeitos da determinação da coima. A este respeito, a AdC propõe que sejam consideradas, para efeito de antecedentes, as infrações – declaradas por decisão definitiva da Comissão Europeia ou de uma autoridade nacional de concorrência – praticadas por qualquer pessoa ou pessoas *“desde que constituam com a empresa investigada uma unidade económica ou que mantenham com esta laços de interdependência ao tempo da infração.”*

Em segundo lugar, no n.º 4 do artigo 69.º da LdC, propõe-se que os parâmetros para fins de determinação da base de cálculo seja *“o volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que constituam uma unidade económica com cada uma das empresas infratoras ou que mantenham com estas laços de interdependência”*.

Tal alteração parece ser um reflexo do disposto no n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva, que prevê que *“os Estados-Membros asseguram que o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa (...) não é inferior a 10% do volume de negócios global total da empresa (...) no exercício anterior à decisão”*.

Em nosso entender, e ainda que tal resulte da Diretiva, a adoção do volume de negócios a nível mundial parece desproporcional e em desarmonia com o ordenamento jurídico português. Nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, as restrições de direitos, liberdades e garantias apenas podem ocorrer nos casos permitidos pela própria CRP e na medida do necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente previstos. Ora, o bem jurídico que a LdC procura tutelar é, de uma forma genérica, a concorrência, mas pode, em particular ser segmentado em vários outros bens: a proteção do bem-estar do consumidor, a proteção da competitividade nos mercados, a proteção de pequenos negócios, entre outros.

Independentemente da política pública adotada para interpretar e prosseguir os bens tutelados pela LdC e pela AdC, por uma questão de competência jurisdicional, seja qual for o cenário, tal tutela estaria

sempre limitada ao mercado português. Não obstante esta limitação geográfica dos objetos tutelados pela LdC, o que se propõe é que o limite máximo da pena seja calculado a partir de um parâmetro que extrapola esta circunscrição. Por outras palavras, ao prever que o volume de negócios a considerar para fins de determinação do montante máximo da coima é compulsado a partir do volume de negócio global, há um claro desfasamento entre o objeto tutelado e a sanção resultante da sua violação.

Tal desfasamento contraria a previsão constitucional de que as penas devem estar limitadas a salvaguardar direitos e interesses constitucionalmente previstos. No limite, uma empresa com atividades limitadas em Portugal pode enfrentar uma pena excessiva em razão de deter uma presença global de relevo.

Assim, considera-se necessária a remoção do critério inserido pela Proposta no n.º 4 do artigo 69.º, assim afastando a contabilização do volume de negócios global na determinação da medida da coima.

Por outro lado, entendemos que, à semelhança do debate que teve lugar em Espanha e na Alemanha, surgem questões de constitucionalidade relativamente ao limite máximo geral de 10% estabelecido para um conjunto de infrações heterogéneas, que são muito diferentes em termos de gravidade e impacto. Efetivamente, deve ser considerada a possibilidade de garantir a plena compatibilidade destas disposições com os princípios da legalidade, culpa e dano.

Mais, à semelhança do que acontece em relação a outras contraordenações, intervalos específicos deveriam ser estabelecidos dentro do limite de 10% genericamente estabelecido, utilizando o impacto e a gravidade da infração como critérios.

A sanção acessória que determina o impedimento da entidade infratora em participar em concursos públicos e outros processos de adjudicação, conforme prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 71.º da LdC, é outro exemplo de disposição que deve ser revista, na medida em que esta sanção é suscetível de, em si, gerar efeitos negativos sobre a concorrência, nomeadamente por limitar o número de participantes em concursos e licitações subsequentes e, conseqüentemente, a concorrência.

Por último, note-se que a Proposta contempla acrescentar, no artigo 88.º, um novo n.º 2, de acordo com o qual *“o montante da coima fixado a final pelo Tribunal será atualizado mediante a aplicação de taxa equivalente aos juros legais, calculados desde 30 úteis dias após notificação da decisão sancionatória da AdC e até efetivo pagamento.”*

A nosso ver, esta disposição não vem mais do que reforçar a aleatoriedade e indeterminabilidade da medida sancionatória aplicável por violação ao direito da concorrência.

Com efeito, já na atual LdC, a determinação da medida da coima com base no volume de negócios da empresa infratora verificado no ano anterior à decisão condenatória (cfr. artigo 69.º, n.º 2 da LdC) torna não só imprevisível o limite máximo da sanção a aplicar, como desfasado da realidade económica da empresa infratora aquando do momento da prática que justificou a condenação: efetivamente, este critério não é sequer indiciador do benefício potencialmente adquirido pelo agente através da infração. Assim, de acordo com o critério fixado pelo artigo 69.º, n.º 2 da LdC, a determinação da moldura da coima não apresenta (ou, pelo menos, não necessariamente) uma relação direta com o benefício económico retirado da suposta prática ilícita.

Neste contexto, a proposta de alteração ao artigo 88.º da LdC, que agrava com juros legais a medida da coima concretamente determinada em função do tempo decorrido entre a decisão final condenatória e o efetivo pagamento, reforça o sentido da aleatoriedade e conseqüente arbitrariedade da moldura sancionatória, porquanto ao agente é impossível determinar – nem tão pouco está nas suas mãos – a duração da fase judicial do processo, e que na prática se protela por vários anos.

Face a isto, é nosso entendimento que a AdC deveria remover da Proposta o referido aditamento ao artigo 88.º da LdC, aproveitando, ao mesmo tempo, para rever a norma constante do atual artigo 69.º n.º 2 da LdC, no sentido de permitir aos agentes, no momento da prática do facto, dispor de todos os elementos necessários ao juízo de censurabilidade que recai, em termos abstratos, sobre o seu comportamento. Para o efeito, na determinação da medida concreta da coima, o volume de negócios a contabilizar deveria ter por referência o ano do termo da infração (isto, à semelhança do que já acontece relativamente a pessoas singulares, cfr. artigo 69.º n.º 5 da LdC).

Relativamente à nova redação do n.º 2 do artigo 88.º, aplica-se o que dissemos sobre norma semelhante da então Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais: *“A disposição sobre juros, vertida no artigo 53.º da LQCA é, talvez, o mais original preceito deste diploma. É, porventura, também o mais infeliz. Dispõe este preceito que «no final do processo judicial que conheça da impugnação ou da execução da decisão proferida em processo de contra ordenação, e se esta tiver sido total ou parcialmente confirmada pelo tribunal, acresce ao valor da coima em dívida o pagamento de juros contados desde a data da notificação da decisão pela autoridade administrativa ao arguido, à taxa máxima estabelecida na lei fiscal». A ratio subjacente parece ser a de impedir que os arguidos, através de recursos meramente*

dilatatórios, consigam uma sensível desactualização da coima no momento da decisão final e transitada em julgado. Se esta opção é compreensível ou pelo menos aceitável no caso de incidentes suscitados no âmbito da execução (vide art. 91.º do RGCO), é inadmissível na parte em que admite a aplicação de juros à taxa máxima estabelecida na lei fiscal durante o decurso da impugnação ou recurso judicial. Desde logo, a solução é totalmente desnecessária face à derrogação, pela própria LQCA, da proibição da reformatio in pejus (art. 75.º). Nada impede ao tribunal de condenar o arguido em coima superior, atendendo ao tempo decorrido desde a decisão da autoridade administrativa. Por outro lado, todo o montante que crescer, apenas em virtude do decurso do tempo, que exceder a taxa de inflação, ou tem carácter indemnizatório ou tem carácter sancionatório. O primeiro não é compatível com a natureza da sanção contra-ordenacional (que, de resto, não exclui a responsabilidade civil por factos ilícitos). Acresce que a obrigação de pagamento apenas nasce com a decisão final, transitada em julgado. E esta decisão não é declarativa mas antes constitutiva da obrigação. O carácter sancionatório, por seu lado, é claramente inconstitucional por violar os direitos de defesa consagrados no art. 32.º, n.º 10 da Constituição que, como se sabe, pressupõe no mínimo um grau de recurso. A computação automática de juros seria também inconstitucional por violação do princípio da culpa” (NUNO SALAZAR CASANOVA e CLÁUDIO MONTEIRO, Comentário à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 16-2007, p. 79).

8. Efeitos dos recursos

Ainda que seja de salutar o facto de a AdC, na Proposta, ter determinado o efeito suspensivo dos recursos de decisões finais condenatórias que apliquem coimas (cfr. artigo 84.º 4 da Proposta) – algo mais que justificável, atendendo aos montantes elevados de coimas fixadas e ao efeito das mesmas na atividade das empresas condenadas –, contrariamente ao que já defendemos em várias sedes, a AdC optou por manter o efeito dos recursos interlocutórios das suas decisões como meramente devolutivo.

A nosso ver, impõe-se que também o efeito suspensivo seja decretado em respeito dos recursos interlocutórios, sob pena de os mesmos se tornarem inúteis com a passagem do tempo e, por esta via, esvaziar a aplicação dos artigos 407.º e 408.º do CPP em relação aos processos contraordenacionais em matéria concorrencial.