

**OBSERVAÇÕES DA MORAIS LEITÃO À  
PROPOSTA DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE  
ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+**

## 1. INTRODUÇÃO

A Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, SP, RL (“**Morais Leitão**”) felicita a Autoridade da Concorrência (“**AdC**” ou “**Autoridade**”) por promover uma consulta pública em torno da proposta de anteprojeto por si elaborada (“**Proposta**”), com vista à transposição, para o ordenamento jurídico nacional, da Diretiva (UE) 2019/1 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+**”).

O presente documento contém as observações da equipa de direito europeu e da concorrência da Morais Leitão à Proposta, assinalando os principais aspetos relativamente aos quais se subscreve visão não coincidente com a da Autoridade quanto às alterações sugeridas à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“**Lei da Concorrência**”), ao Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, que contém os estatutos da AdC (“**Estatutos**”) e ao Código de Processo Penal (“**CPP**”).

Como consideração prévia, a Morais Leitão regista que a Diretiva ECN+ e a Proposta traduzem um esforço positivo de aproximação dos regimes nacionais de concorrência à matriz de direito da União, o que, em geral, permite reforçar a garantia de uma aplicação consistente e eficaz das regras de concorrência às empresas por parte das diversas autoridades competentes e dos órgãos jurisdicionais.

Sem prejuízo desta apreciação genérica, gostaríamos igualmente de assinalar que, em algumas passagens da Proposta, se denota uma intenção de sugerir uma revisão da Lei da Concorrência que não parece ser exigida ou, porventura, sequer pretendida pela Diretiva ECN+ e que careceria de outro debate. Em paralelo, constata-se também que algumas alterações à Lei da Concorrência preconizadas pela Proposta apparentam ser mais inspiradas nas considerações preambulares da Diretiva ECN+ do que no seu articulado, sabendo-se que, pela dinâmica muito própria do procedimento legislativo que a caracterizou, a Directiva ECN+ acabou por não acolher em redação final várias das ideias que constam dos respetivos considerandos.

A realidade descrita no parágrafo anterior assume um traço mais visível nos capítulos da Proposta que são também os que maior sensibilidade, equilíbrio e ponderação exigem por parte do legislador neste exercício de transposição, dado que, por lidarem com a matéria das práticas restritivas da concorrência, convocam uma necessidade mais premente de se salvaguardem os direitos processuais das empresas ao longo das várias etapas do processo sancionatório e no quadro de uma interpretação sistemática do ordenamento. Não poderemos, por isso, deixar de ser particularmente exigentes e cautelosos na leitura crítica que fazemos de algumas dessas opções, como se passa a enunciar em seguida.

## 2. APRECIAÇÃO DAS ALTERAÇÕES AO CAPÍTULO SOBRE PROMOÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Neste primeiro capítulo da Lei da Concorrência é sugerido um conjunto de alterações aos atuais artigos 2.<sup>º</sup> e 3.<sup>º</sup> que, podendo parecer de mera semântica ou enquadramento programático, têm, em verdade, alcance vasto e problemático.

Começando pelo **artigo 2.<sup>º</sup>**, o proposto acrescento do novo n.<sup>º</sup> 3 – que refere a necessidade de a Lei da Concorrência ser interpretada de modo conforme ao direito da União Europeia (“UE”) e à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) – parece ser, em primeiro lugar, desnecessário, uma vez que tal decorre já do *acquis* da UE [*cf.* n.<sup>º</sup> 3 do artigo 4.<sup>º</sup> do Tratado da União Europeia e alínea *a)* do artigo 267.<sup>º</sup> do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)] e do próprio artigo 8.<sup>º</sup> da Constituição da República Portuguesa.

Em segundo lugar, a referida obrigação apenas poderá ter relevância concreta em processos de aplicação, pela Autoridade, dos artigos 101.<sup>º</sup> e 102.<sup>º</sup> do TFUE (dada a exclusividade das competências da Comissão Europeia, por um lado, e das autoridades nacionais de concorrência, por outro, em sede de controlo de concentrações) e no que diz respeito a disposições da Lei da Concorrência que transponham uma diretiva da UE, pois que as demais disposições relevantes de direito da UE (*v.g.*, os artigos 101.<sup>º</sup> e 102.<sup>º</sup> do TFUE, o Regulamento n.<sup>º</sup> 1/2003, os Regulamentos adotados pela Comissão em concretização do n.<sup>º</sup> 3 do artigo 101.<sup>º</sup> do TFUE, os princípios gerais de direito da UE e

os direitos fundamentais da UE) dispõem de efeito direto e são diretamente aplicáveis, independentemente de qualquer transposição para a ordem jurídica nacional.

No entanto, o proposto acrescento do novo n.º 3 do artigo 2.º vai muito além do objetivo de transposição da Diretiva ECN+, na medida em que se refere globalmente à interpretação da “*presente lei*” em termos conformes ao “*direito da União Europeia*”, o que, a nosso ver, se revela excessivo e passível de gerar dúvidas e confusão na interpretação da Lei da Concorrência, sobretudo no que toca às “*práticas restritivas da concorrência que não afetem o comércio entre os Estados-membros*”, como se sugere na parte final dessa disposição.

Desde logo, cabe recordar que os artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como as outras disposições do direito primário da UE (incluindo, por exemplo, as liberdades e direitos fundamentais), não são aplicáveis a situações puramente internas. Uma vez que a Diretiva ECN+ respeita apenas à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE pelas autoridades nacionais de concorrência e não à aplicação *stand alone* do direito da concorrência nacional (*cf.* artigo 1.º da Diretiva ECN+), esta também não se aplica a práticas restritivas da concorrência que não afetem o comércio entre os Estados-Membros. Não sendo os artigos 101.º e 102.º do TFUE e a Diretiva ECN+ aplicáveis, uma interpretação diversa das regras correspondentes da Lei da Concorrência a práticas restritivas com efeito exclusivamente interno estaria em conformidade com as referidas normas europeias (por não serem aplicáveis). Nessa medida, a extensão da obrigação da interpretação conforme, no n.º 3, a casos puramente domésticos ficaria sem efeito.

Se, ao invés, o que se pretende aqui é uma extensão da aplicabilidade de disposições do direito da concorrência da UE e/ou da Diretiva ECN+ a práticas restritivas da concorrência que não afetem o comércio entre os Estados-Membros, tal pretensão teria de resultar do n.º 3 de forma expressa e clara e as disposições do direito da concorrência da UE cujo âmbito de aplicação se pretende estender teriam de ser identificadas individualmente.

Em todo o caso, tal decisão corresponderia a uma escolha do legislador português, para a qual, em nosso entender, não existiria qualquer justificação. Em particular, uma alegada falta de relevância prática do critério da afetação do comércio entre os Estados-

Membros não compensaria uma redução da autonomia e das particularidades do ordenamento jurídico nacional, já que (*i*) uma tal irrelevância do referido critério não corresponde à realidade em Portugal (conforme, aliás, já reconhecido em processos judiciais em que a inexistência da afetação do comércio entre os Estados-Membros tem implicações práticas relevantes); (*ii*) o âmbito de aplicação desse critério depende da sua interpretação pelos tribunais da UE, a qual pode mudar (o que já aconteceu em várias outras matérias); e (*iii*) se o critério realmente não tivesse aplicação (ou seja, se não existissem práticas restritivas da concorrência que não afetam o comércio entre os Estados-Membros), então não seria necessária uma extensão da aplicabilidade das regras do direito da concorrência da UE.

Por outro lado, não se retira da Diretiva ECN+ – em particular do respetivo objeto e âmbito de aplicação (vertidos no seu artigo 1.º) – qualquer imposição da interpretação das leis nacionais de concorrência em moldes conformes ao direito da UE e à jurisprudência do TJUE em processos de práticas restritivas da concorrência que não afetem o comércio entre os Estados-Membros, isto é, em situações puramente domésticas.

Adicionalmente, a introdução de uma tal redação suscita dúvidas por ser incoerente com a lógica do sistema. Com efeito, a necessidade de aplicação do, e interpretação conforme ao direito da UE e à jurisprudência do TJUE depende das circunstâncias do caso concreto e da constatação de uma conexão com o quadro jurídico da UE. Não existindo qualquer conexão com o direito da UE e tratando-se de uma situação puramente interna, deverão ser respeitadas a autonomia e as particularidades do ordenamento jurídico nacional. Ora, tal ponderação deve ser feita casuisticamente por quem aplica o direito e, em última instância, pelos tribunais, tomando em consideração as circunstâncias concretas de cada caso.

Do mesmo modo, não é claro o que se pretende com a introdução do n.º 4 do artigo 2.º Por um lado, o princípio da efetividade decorre já do *acquis* da UE, tratando-se de um princípio essencial do quadro jurídico europeu, não carecendo de consagração expressa para assegurar a respetiva ponderação e aplicação nos casos concretos, e com um alcance que vai muito além do direito da concorrência. Além disso, a proposta

condição de aplicação do referido princípio – a “ausência de legislação aplicável de direito da União Europeia” – deixou em grande medida de se verificar, uma vez que tal legislação da UE passou a existir, nomeadamente por via da Diretiva ECN+, pelo que o âmbito (e a necessidade) de aplicação do princípio da efetividade do *enforcement* dos artigos 101.º e 102.º TFUE pelas autoridades nacionais de concorrência ficou menos evidente.

Por outro lado, nos casos em que se esteja perante situações de exclusiva aplicação do direito nacional, sem portanto qualquer conexão com o direito da UE – ponderação que deve sempre ser feita casuisticamente – não estará em causa o exercício de direitos conferidos pela ordem jurídica da UE e, como tal, não fará sentido apelar ao princípio da efetividade ora enunciado.

Em suma e pelas razões acima expostas, sugere-se a eliminação dos n.ºs 3 e 4 do artigo 2.º constantes da Proposta.

Importa também deixar uma palavra sobre as alterações que são preconizadas no **artigo 3.º** da Lei da Concorrência, com o aditamento dos novos n.ºs 3 e 4.

A título preliminar, e contendo a Proposta uma sugestão de modificação do artigo 3.º, cremos que se poderia também aproveitar esta revisão para afinar alguns aspectos desta norma que não se revelam consistentes.

Em primeiro lugar, poderia ajustar-se o próprio conceito de empresa que está ínsito nesta disposição, na medida em que o mesmo parece confundir o conceito de *unidade económica* para efeitos do direito da concorrência com a noção de *controlo* resultante das regras aplicáveis em matéria de controlo de concentrações. Assim, por uma questão de clareza e coerência, valeria a pena ponderar a possibilidade de se eliminar todo o excerto do n.º 2 do artigo 3.º a partir de (e inclusive) “*ou mantém entre si laços [...]*”.

Em segundo lugar, convém também clarificar que o conceito de unidade económica apenas se aplica no âmbito das disposições substantivas correspondentes aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (ou seja, os artigos 9.º a 11.º da LdC) e em casos da sua aplicação paralela. A extensão do conceito de unidade económica para além deste

âmbito, incluindo, em particular, ao processo sancionatório, seria contrária a vários princípios de consagração constitucional.

Na realidade, uma vez que a “*empresa investigada*” corresponde ao anterior “*visado*” pelo procedimento, decorre do novo n.º 3 do artigo 3.º que tudo quanto for aplicável à real infratora (isto é, à entidade que está efetivamente envolvida na e praticou a infração) poderá ser também potencialmente extensível a entidades que fazem parte da mesma unidade económica mas que nenhuma infração praticaram. Ora, não se poderá aceitar que assim seja e que a AdC possa livremente aplicar as medidas/imposições/diligências que lhe aprouver, independentemente de a entidade em causa ser, ou não, a real infratora.

O modo como está redigido o preceito (mencionando quaisquer “*referências na presente lei*” e “*devem entender-se como podendo abranger*”) gera enorme incerteza quanto às concretas disposições que poderão ser efetivamente aplicadas quer a pessoas singulares quer a pessoas coletivas que não praticaram qualquer infração, colocando em causa o princípio da legalidade e da segurança jurídica, na medida em que a pessoa/entidade que não é a real infratora não saberá as medidas/imposições/diligências que são legítimas e, por conseguinte, não saberá relativamente a quais se poderá legitimamente opor.

O princípio da responsabilidade individual e pessoal das pessoas singulares e coletivas – na vertente da imposição da sua sujeição aos poderes da entidade reguladora, uma vez que, quanto à concreta responsabilidade, continua a fazer-se menção ao artigo 73.º, n.º 2 – fica, pois, em crise com o novo normativo do n.º 3 do artigo 3.º, que parece convocar um princípio de responsabilização contraordenacional objetiva, que é vedado, entre outros, pelo princípio constitucional da culpa.

A possibilidade de generalização vertida no n.º 4 é igualmente de natureza duvidosa, uma vez que não se delimita de forma precisa o âmbito subjetivo das normas de índole contraordenacional aí contempladas, pois não explica quais as disposições efetivamente aplicáveis aos sujeitos aí identificados (isto é, associações de empresas e pessoas singulares). Na prática, deixar-se-ia ao critério de quem aplica o regime plasmado na lei – no caso de processos contraordenacionais, da AdC – a escolha das

disposições que seriam ou não aplicáveis ao caso concreto, o que, por um lado, corresponderia a um “cheque em branco” inadmissível em matéria de restrições a direitos fundamentais à luz dos preceitos constitucionais aplicáveis e, por outro, traria incerteza jurídica sobre os direitos que o visado pelo processo teria com base na sua natureza jurídica ou individual.

Destarte, também neste domínio poderíamos estar perante uma potencial violação do princípio da legalidade e da segurança jurídica. Nessa medida, eventuais soluções alternativas ou compagináveis com a preocupação acima expressa poderiam passar por se especificar, caso a caso, quais as disposições concretamente aplicáveis a associações de empresas e pessoas singulares, ou por se delimitar negativamente as disposições que o não são.

A finalizar o comentário a este capítulo introdutório da Proposta, alertamos para o facto de ter deixado de existir, desde a alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, a distinção entre ação administrativa comum e especial, passando todos os processos do contencioso administrativo que tenham uma tramitação não urgente a correr termos sob a forma única da ação administrativa. Como tal, a referência à ação administrativa especial, constante do n.º 4 do **artigo 8.º**, bem como do n.º 1 do **artigo 92.º**, deve ser alterada em conformidade.

### 3. APRECIAÇÃO DAS ALTERAÇÕES AO CAPÍTULO SOBRE PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Conforme deixámos já enunciado na parte introdutória das presentes observações, o capítulo da Proposta que versa sobre os aspetos processuais atinentes às práticas restritivas da concorrência suscita-nos um conjunto de preocupações, que impactam diretamente sobre alguns dos direitos essenciais das entidades visadas por uma investigação contraordenacional da AdC. Encontramo-nos, de facto, perante um conjunto de normas que, por contenderem com o domínio sancionatório e procedural, justificam uma análise congruente com o espírito do sistema, justificando, de modo particularmente intenso e cuidadoso, uma efetiva acomodação das

soluções previstas na Diretiva ECN+ ao regime nacional, tendo sempre presente que é de uma Diretiva que se trata.

A autonomia do direito da concorrência, a que muitas vezes se apela na Diretiva ECN+ e na Proposta, em nada contende com o que se acaba de referir, como procuraremos ilustrar nas linhas seguintes.

Um dos sintomas que conduz a esta preocupação resulta da substituição, que cruza toda a Proposta, do termo “*visado*” por “*empresa investigada*”. Esta alteração parece denotar algum preconceito ou receio quanto ao verdadeiro estatuto processual das entidades (pessoa singular ou coletiva) que se vejam envolvidas em inquéritos por práticas restritivas da concorrência, as quais são *sujeitos* de direitos (processuais, no caso) e não meramente *objeto* de uma investigação. A semântica não é inocente nesta sede e sugere algum grau de desvalorização face aos direitos e às garantias processuais das empresas, associações de empresas e pessoas singulares, do qual temos forçosamente de nos distanciar.

Não obstante a sua imperfeição neste contexto, pelo menos o atual termo legal de “*visado*” tem um sentido processual próprio, na medida em que implica um juízo processual prévio da Autoridade sobre a possível imputação de uma prática restritiva da concorrência a uma empresa/associação ou pessoa singular, garantindo-lhe, a partir desse momento, determinados direitos e sendo-lhe exigida, em contrapartida, uma determinada conduta processual, delimitando assim o âmbito pessoal do processo. Acresce que a alteração proposta não tem qualquer tradição ao nível da técnica legislativa – muito pelo contrário – pelo que também não se vislumbra a sua utilidade ou propósito.

Nessa medida, propõe-se, antes de mais, a eliminação desta alteração de redação transversal, mantendo-se ao longo do diploma o recurso ao conceito e à terminologia de “*visado*” que decorre da lei atual.

Outro dos exemplos impressivos desta preocupação é dado pela sugestão de alteração ao n.º 1 do **artigo 13.º** da Lei da Concorrência, que propõe que o regime geral das contraordenações (“RGCO”) se passe a aplicar aos processos de práticas restritivas

“com as devidas adaptações”. Esta modificação não é meramente simbólica, antes convoca um conjunto de reflexões de fundo.

Desde logo, não se trata de uma alteração que tenha correspondência em qualquer passagem da Diretiva ECN+. A obrigação que decorre do artigo 13.º da Diretiva ECN+, de os Estados-Membros garantirem que as autoridades nacionais de concorrência podem aplicar coimas em processos de infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, seja através de “*processos de aplicação próprios*” (n.º 1) seja “*no âmbito de processos judiciais de natureza não penal*” (n.º 1), seja ainda “*no âmbito de processos judiciais de natureza penal*” (n.º 4), não tem qualquer conexão com a alteração proposta pela AdC ao n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência.

O que a Diretiva ECN+ exige, como aliás resulta também do seu considerando 40, é que as autoridades nacionais de concorrência disponham da prerrogativa de sancionar práticas restritivas violadoras dos artigos 101.º e 102.º Isto pode ser feito por um de dois regimes. A primeira hipótese é serem as próprias autoridades a aplicarem essas sanções, ou seja, através dos tais “*processos de aplicação próprios*” em que cabe a uma mesma autoridade investigar, acusar, condenar e sancionar as empresas infratoras. A outra possibilidade é a autoridade nacional ocupar-se da investigação e da acusação, tendo de recorrer aos tribunais (*em processos judiciais de natureza penal ou não penal*) para ver aplicada a condenação e fixada a coima.

Ora, nada daqui permite admitir ou sequer supor que alguma destas duas modalidades de fixação de sanções legitima o afastamento do processo jusconcorrencial português face à sua natureza contraordenacional, que vem pressuposto na redação da Proposta para o n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência.

Como a própria epígrafe da Secção II do Capítulo II da Proposta enuncia, os processos de práticas restritivas da concorrência são de jaez sancionatória, não havendo forma de se afastar essa natureza a que o RGCO e, por remissão deste, o CPP dá corpo.

Mais. As normas da Lei da Concorrência que regem a tramitação dos processos de práticas restritivas não se acham capazes – nem devem ter essa pretensão – de dar resposta a todas as questões e vicissitudes, tanto processuais como garantísticas, que se verificam em processos desta natureza. É, pois, essencial que as disposições deste

capítulo da Lei da Concorrência continuem a ser interpretadas e aplicadas em termos coerentes com a matriz contraordenacional destes processos.

De resto, qualquer aplicação subsidiária de um diploma postula necessariamente a realização de adaptações, pelo que o acrescento – que se sugere que seja removido – proposto no n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência seria, além do mais, redundante.

Ainda a respeito do artigo 13.º, não fica claro o propósito do n.º 3 que é aditado, o qual indica que todas as referências a infrações ao disposto nos artigos 9.º, 10.º e 11.º devem ser entendidas como incluindo a possibilidade de aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Com efeito, para além dos aspetos de implementação destas últimas normas que são disciplinados pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 – e que tornariam, por si só, desnecessária a remissão genérica que se propõe no n.º 3 do artigo 13.º – a verdade é que o critério de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE está previsto no próprio tratado e corresponde à *afetação do comércio entre os Estados-Membros*, não cabendo à Lei da Concorrência ocupar-se da matéria.

Finalmente, a menção, no n.º 4 do artigo 13.º, à tramitação do processo por via eletrónica parece estar desenquadrada sistematicamente.

O artigo 14.º da Lei da Concorrência, sob a epígrafe «*Regras gerais sobre prazos*», dispõe sobre o regime geral aplicável aos prazos, introduzindo modificações a dois níveis:

- (i) Possibilidade de prorrogação do prazo, por prazo não só igual (solução vigente) como inferior ao inicialmente concedido;
- (ii) Ampliação dos pressupostos legais de legitimidade de recusa de prorrogação de prazo pela AdC, por forma a se incluírem os seguintes fundamentos (adicionais) de recusa:
  - desnecessidade da prorrogação solicitada;
  - insuficiência da respetiva fundamentação;

(para além do intuito meramente dilatório do requerimento, único critério legal previsto atualmente).

A Diretiva ECN+, por seu turno, refere-se à matéria dos prazos, entre outros, nos artigos 3.º (condução dos procedimentos em prazo razoável) e 8.º (prazo especificado e razoável para resposta a pedidos de informação), sendo transversal a todas essas referências um princípio geral de razoabilidade, que deve presidir a qualquer determinação de prazo pelas autoridades nacionais de concorrência. Cremos que a ideia é a de conferir alguma rationalidade e evitar a discricionariedade da decisão, sem que, com essa baliza, se afete a possibilidade de escolha da AdC, no caso concreto. O apelo à ideia de razoabilidade visa, pois, compatibilizar o disposto no n.º 3 do artigo 3.º da Diretiva ECN+ (“*Os Estados-Membros asseguram que os processos de aplicação perante as autoridades nacionais da concorrência são conduzidos dentro de um prazo razoável*”), com o previsto nos n.os 1 e 2 do mesmo artigo, quando se referem à necessidade de respeito pelos “*princípios gerais do direito da União e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*”, e bem assim pelos “*direitos de defesa das empresas, incluindo o direito a ser ouvido e o direito a uma ação perante um tribunal*”.

Importa ainda ter presente que a temática dos prazos de resposta e das condições para a concessão de prorrogações pela AdC é muito relevante para as empresas.

Tomando como exemplo um pedido de informações da AdC, o qual, como é sabido, tem de ser respondido, sob combinação de sanção, em determinado prazo pré-fixado por aquela entidade: trata-se de uma diligência que gera alguma perturbação na normal condução da atividade das empresas, tão maior quanto maior for a complexidade e/ou morosidade das tarefas envolvidas na resposta e a (des)adequação do prazo fixado para a mesma.

Ora, sucede frequentemente que a AdC não tem (nem pode ter) a percepção da real dimensão das tarefas envolvidas nos processos de recolha e obtenção dos dados e informações necessários para a resposta, desconhece se os mesmos estão ou não imediatamente disponíveis e quais os recursos que a empresa ou associação tem que mobilizar para a concretização das tarefas em causa, o que pode facilmente redundar na fixação de prazos excessivamente curtos, com consequências muito gravosas para as entidades em causa. Trata-se de uma *assimetria informativa* que apenas mediante um diálogo colaborativo entre as empresas e a AdC pode ser ultrapassada.

a) **Possibilidade de prorrogação por prazo não só igual (solução vigente) como inferior ao inicialmente concedido**

Tendo em conta o que antecede, não se percebe o porquê de a Proposta admitir prorrogação por prazo igual ou inferior, mas não por prazo superior. No fundo, a prorrogação deve ser possível pelo prazo considerado adequado, à luz do que for invocado pelos requerentes quanto à insuficiência do prazo fixado *ab initio* e à necessidade de mais prazo para resposta, tomando também em conta as necessidades da investigação.

Assim, a previsão expressa de uma prorrogação “*por igual período ou inferior*” (n.º 3) afigura-se desnecessária. É certo que, na redação atual da lei, se prevê apenas a possibilidade de prorrogação por igual prazo e que a AdC terá aqui pretendido salvaguardar-se uma maior flexibilização. No entanto, o que não se comprehende é que essa *flexibilização* acabe por ditar que, para aqueles prazos que, tendo sido fixados *ab initio* por um período que (venha a verificar-se) é excessivamente curto, a AdC fique adstrita a conceder várias prorrogações de período igual ao inicialmente concedido, ao invés da solução – mais eficaz e propiciadora de maior segurança jurídica para as partes – de uma prorrogação por período superior.

Tendo em conta que a concreta atuação há-de depender das circunstâncias de cada caso, afigura-se suficiente a previsão legal da possibilidade de a AdC conceder “*uma ou mais prorrogações de prazo*”, admitindo-se que, neste contexto, seja desnecessária a previsão expressa de que tal prazo seja igual, inferior ou superior ao inicialmente fixado.

b) **Ampliação dos pressupostos legais de legitimidade de recusa de prorrogação de prazo pela AdC**

O n.º 4 do mesmo artigo 14.º, tal como agora se propõe ser reformulado, merece uma crítica contundente e as nossas maiores reservas. Os critérios de recusa de uma prorrogação passam a incluir a “*desnecessidade*” da prorrogação solicitada. Trata-se de

um elemento de ponderação dotado de enorme subjetividade e, correspeticivamente, de grande incerteza para as empresas, tanto mais que o mesmo não permite fundar quaisquer expectativas quanto a qual poderá ser a resposta da AdC a um pedido de prorrogação em concreto.

Neste contexto, afigura-se que o interesse da AdC está já suficientemente salvaguardado com a fundamentação de uma recusa assente no intuito dilatório do pedido de prorrogação ou na insuficiente fundamentação do mesmo, uns e outros aspetos que uma empresa/associação pode antecipar e cuja bondade de sustentação pode escrutinar (o que não sucede com o argumento da *desnecessidade*).

Propõe-se, em consequência, a modificação do preceito por forma a eliminar a *desnecessidade* como fundamento de recusa da prorrogação, sob pena de total desproteção da posição jurídica das empresas.

Por último, na parte final do n.º 4 do artigo 14.º, parece redundante a menção à ausência de fundamentação suficiente do requerimento de prorrogação como motivo para o seu indeferimento: o número 3 da mesma norma já estabelece que aquele pedido deve ser fundamentado. Sugere-se, por conseguinte a eliminação igualmente daquele segmento.

Relativamente à proposta de alteração ao **artigo 15.º**, permitimo-nos aqui formular um comentário prévio quanto à opção semântica, de convolar a referência da lei atual à “*solicitação*” de informações numa prerrogativa de se “*exigir*” informações. Tendo em conta que a Lei da Concorrência atual já contém uma disposição expressa relativa à prestação de informação, associada a cominações para a não resposta, a alteração da lei neste particular incorpora o que nos parece ser uma opção infeliz e dispensável, sem qualquer contributo positivo ou significante para a AdC e para a sua missão.

Contra isto não procede invocar o *wording* da Diretiva ECN+ que, na versão portuguesa, utiliza por mais do que uma vez o verbo “*exigir*”. É que uma tradução menos feliz não é justificação para a transposição acrítica do termo (em inglês “*to require*”, em francês “*demander*” – cf. artigo 8.º), sobretudo quando está em causa uma modificação – logo, o distanciamento voluntário – face ao texto atual da lei.

Mais: como a AdC certamente não ignora, a preocupação da Diretiva ECN+ é, neste ponto, a de assegurar que as autoridades de concorrência têm a possibilidade de se dirigir às empresas, diretamente, para lhes solicitar informações. Não obstante se empregar, na versão traduzida para língua portuguesa, o verbo “*exigir*”, a Diretiva ECN+ fornece-nos um conjunto de pistas que revelam precisamente que o seu tom é, afinal, de grande comedimento e fortemente garantístico. Isto resulta, nomeadamente, do facto de se acautelar o seguinte:

(i) Que o pedido não deverá impor à empresa ou associação de empresas uma *obrigação desproporcional* em relação às exigências da investigação, não devendo, nomeadamente, comportar-lhe custos ou esforços excessivos;

(ii) Que tais pedidos deverão ter um *âmbito razoável*;

(iii) Que tais pedidos não deverão forçar uma empresa ou associação de empresas a *admitir que cometeu uma infração*, o que cabe às agências nacionais de concorrência provar;

e, que – muito importante:

(iv) Os Estados-Membros deverão ter a liberdade de estabelecer regras processuais aplicáveis a tais pedidos de informação, designadamente relativas à forma jurídica que devem assumir, desde que tais regras permitam uma utilização eficaz desse instrumento.

Também não se comprehende por que razão, no caso das empresas investigadas, a Autoridade pode exigir informações, dados ou esclarecimentos “*necessários*” e, quanto às demais pessoas singulares ou coletivas, podem ser exigidos informações, dados ou esclarecimentos “*relevantes*”.

Por tudo o que antecede, cremos dispensável e infeliz o ajustamento da *linguagem* nos termos propostos.

Feito este excuso introdutório, importa agora que nos debrucemos sobre as principais modificações introduzidas com a reformulação deste artigo 15.º, acima já sumariamente enunciadas, a saber:

- a) O teor dos n.ºs 1 e 2;
- b) Os elementos que devem instruir o pedido;
- c) A possibilidade de recusa de prestação de informações, no caso de o pedido se revelar desproporcionado face às exigências da investigação (n.º 5);
- d) A consagração de proibições de valoração de prova (n.º 6); e
- e) Os detalhes quanto ao teor das versões não confidenciais apresentadas em resposta a um pedido de informações da AdC [alínea c) do n.º 3].

a) **Quanto ao teor dos n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º**

***a.1) A opção por uma redação legal idêntica ao considerando 35 e os problemas daí derivados***

No artigo 15.º, a Proposta, aproximando-se do considerando 35 e afastando-se do teor do artigo 8.º da Diretiva ECN+, exemplifica, através do advérbio de modo “designadamente”, o tipo de informações, dados ou esclarecimentos que podem ser solicitados pela AdC.

Fá-lo desviando-se da abordagem seguida no texto da diretiva que, em termos mais abrangentes, se limita a aludir às “*informações necessárias para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE*” (desde que “*acessíveis a esse tipo de empresa (...)*”).

A opção seguida neste ponto da Proposta afigura-se-nos merecedora de crítica.

Em primeiro lugar, cremos que a transposição deveria adotar uma abordagem mais prudente, direcionada ao teor das normas da Diretiva ECN+, e não à cópia integral dos seus considerandos, sobretudo quando, como aqui, os considerandos vão muito além das disposições que o legislador da União Europeia optou por consagrар no articulado.

Sem prejuízo da margem de conformação reservada ao legislador nacional, importa reconhecer que os considerandos valem sobretudo pelo seu valor interpretativo e contextualizador das soluções propugnadas numa diretiva sempre que, no caso concreto, existirem dúvidas quanto à interpretação a dar a estas.

Em segundo lugar, porque o afã de inclusão no corpo do artigo 15.º (nomeadamente, nos seus n.ºs 1 e 2) de todos os casos, exemplos e circunstâncias tratados no considerando 35 acaba por resultar numa solução excessiva quanto ao grau de detalhe e de concretização utilizados, que peca, nomeadamente, pela ausência de uma (desejável) neutralidade tecnológica que permita acomodar adequadamente a evolução das tecnologias ao longo do tempo.

Por outro lado, a solução concretamente consagrada nos n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º, ao prever expressamente a possibilidade de imposição a terceiro que promova a recolha e entrega à AdC de prova armazenada noutro Estado viola, em termos que se densificarão adiante (nomeadamente, no comentário ao artigo 18.º-A), a soberania do Estado onde a prova se encontra armazenada, já que representa o exercício coercivo, ainda que mediado por terceiro, de poder estatal sobre a jurisdição de outro Estado.

Por forma a evitar os problemas de ingerência não autorizada que melhor se identificam abaixo, deverá prever-se expressamente que o acesso à prova digital deve limitar-se à que se encontre armazenada num sistema informático no seu território.

Tendo em conta o que antecede cremos que a solução proposta neste artigo 15.º, n.ºs 1 e 2, deveria ser mais fiel ao texto da própria Diretiva ECN+, evitando soluções excessivamente prescritivas e com apelo a referências exemplificativas, sem apoio no mesmo e que possam gerar significativas dificuldades de aplicação no futuro. Remete-se, a este respeito, para a sugestão de redação que apresentamos na parte final do comentário a este artigo.

### a.2) Quanto à questão do acesso a prova digital, por via de pedidos de informação

Independentemente do grau maior ou menor de detalhe introduzido no corpo dos n.os 1 e 2 deste artigo 15.º, importa abordar ainda uma preocupação inerente à temática dos pedidos de informação: a possibilidade de a AdC vir a utilizar este mecanismo para ter acesso a comunicações eletrónicas – de correio eletrónico, SMS, ou outras – e as salvaguardas que devem estar associadas a um tal acesso.

A possibilidade de utilização de prova digital não é abordada no artigo 8.º da Diretiva ECN+, que a presente norma visa transpor mas, apenas, num outro (e único) artigo – o artigo 32.º - onde se estabelece que “*Os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas*”.

É possível ainda encontrar, em vários considerandos da Diretiva ECN+, alusões esparsas à prova digital (v.g., 4, 30, 32, 35 e 73), sendo especialmente relevante no contexto concreto do artigo aqui sob comentário o exposto no já mencionado considerando 35.

Naturalmente não se desconhece que a principal preocupação que está subjacente à Diretiva ECN+ passa por conferir às autoridades nacionais de concorrência competência ampla para a realização e condução de investigações por práticas anticoncorrenciais. Todavia, essa preocupação decorre, não podemos esquecê-lo, das dificuldades com que, em alguns Estados-Membros, as autoridades de concorrência se deparam no domínio do acesso a provas, realização de buscas e, ainda, quanto à sua independência. Essa preocupação deverá, pois, ser lida à luz do contexto (europeu) em que surge e sofrer as acomodações necessárias, quando essas normas quedem aplicáveis nos planos nacionais e de acordo com o standard de garantias aí exigido e vigente.

Se é certo que a Diretiva ECN+ se refere a essa possibilidade, mais certo é que se abstém de regular os termos e as condições em que o acesso à prova digital e o exame desta podem ocorrer, sendo esta matéria para o direito nacional.

No plano do direito interno, existem múltiplos aspetos a ter em conta, quando se pondera a efetiva aplicação prática desta norma.

No plano jurídico, importa ter presente, desde logo, a salvaguarda constitucional vertida no artigo 32.º, n.º 8, da Constituição e, ainda, o facto de as mensagens de correio eletrónico e os registos de comunicações de natureza semelhante não poderem ser tratados como meros documentos – o que se afigura indubitável face às soluções consagradas em matéria criminal e face à jurisprudência nacional na matéria – sendo o juiz de instrução a entidade competente para autorizar o acesso a este tipo de prova (digital).

Em termos práticos, importa ainda ter presente que não existe uma fronteira estanque entre telemóveis de uso profissional e telemóveis de uso pessoal, o mesmo acontecendo com os computadores e servidores onde possam estar alojadas comunicações e conversas instantâneas de natureza pessoal e profissional. A realidade de muitas empresas é que esses dispositivos, quer sejam propriedade da empresa quer do trabalhador, são utilizados indiferentemente para os dois tipos de fins, tornando na prática muito difícil delimitar o que é *pessoal* e *profissional*<sup>1</sup>. Encontramo-nos – por essa razão – em terreno em que se impõem especiais cautelas, sob pena de violação direta dos preceitos constitucionais e sujeição a responsabilidade, nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (*ex vi* artigo 22.º da Constituição).

Isto dito, o artigo 32.º da Diretiva ECN+, ao dispor sobre os meios de prova admissíveis, também não distingue expressamente entre as comunicações alojadas em dispositivos pessoais e em dispositivos profissionais, nem distingue consoante o teor das comunicações seja estritamente profissional ou pessoal. No entanto, resulta de forma clara dos considerandos dessa diretiva que os dados/informações/comunicações em causa devem *respeitar à empresa* (*vide*, expressamente, o considerando 30) e, bem

---

<sup>1</sup> De resto, como afirmava já a Comissão Nacional de Protecção de Dados, na sua Deliberação n.º 1638/2013, “[n]um mundo cada vez mais dominado pelas tecnologias de informação, em que os meios de comunicação são centrais no trabalho de qualquer empresa ou empregador, não se afigura lógico nem realista que, no contexto da relação de trabalho, se proiba – de forma absoluta – a utilização de telefones e telemóveis, do correio eletrónico e o acesso à Internet para fins que não sejam estritamente profissionais”.

assim, que as informações devem ser *acessíveis à empresa* (*vide* considerando 35), o que significa que, estando em causa informações armazenadas em dispositivos total ou parcialmente afetos a uso pessoal, ou, pelo menos, que respeitem à vida privada ou à vida pessoal ou familiar de colaboradores da empresa, não se tratará de informações, nem respeitantes à empresa, nem acessíveis a esta<sup>2</sup>.

A esta luz, a Proposta peca pela ausência de uma norma que permita salvaguardar adequadamente a possibilidade de um controlo judicial prévio, sempre que estejam em causa direitos fundamentais, mesmo em sede de resposta a pedidos de informações.

Entendemos que a norma do artigo 15.º deve prever, pelo menos, a possibilidade de os interessados (titulares dos direitos afetados pelos pedidos de informações da AdC) requererem a intervenção prévia do juiz de instrução criminal, enquanto juiz das liberdades, sempre que as circunstâncias do caso o justifiquem – cf., neste sentido, a sugestão de redação proposta adiante.

Uma outra preocupação digna de menção é que as prerrogativas da AdC em matéria de pedidos de informação não devem ser consagradas em moldes que permitam a esta a realização de diligências de *vasculhagem* do acervo documental ou das comunicações dos seus destinatários. Este risco existe, porém, na redação atual da norma, em especial, atentas as disposições dos n.ºs 1 e 2, conjugadas com o n.º 5 do artigo 15.º, na medida

---

<sup>2</sup> Isto mesmo resulta da jurisprudência nacional, em matéria laboral. Veja-se, por exemplo, o decidido pelo Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 15.12.2016, no processo n.º 208/14.1TTVFR-D.P1: “III - Sendo disponibilizado ao trabalhador conta de correio eletrónico profissional, mas sem definição de regras quanto à sua utilização, mormente sem que seja proibida a sua utilização para efeitos pessoais (artigos 22º, nº 2, e 106º, nº 1, do CT/2009), não pode o empregador aceder ao conteúdo dos emails, e dos seus anexos, enviados ou rececionados nessa conta, mesmo que não estejam marcados como pessoais ou dos seus dados externos não resulte que sejam pessoais. IV - Pelo menos nas situações em que o empregador, ao abrigo do disposto nos citados artigos 22º, nº 2, e 106º, nº 1, não haja regulamentado e proibido a utilização de contas de correio eletrónico pessoais, o controlo dos dados de tráfego dos emails enviados ou rececionados em tais contas é sempre inadmissível. V - No que se reporta a contas de correio eletrónico profissionais com utilização indistinta para fins profissionais e pessoais, o empregador pode tomar conhecimento da data e hora do envio do email, dos dados externos dos anexos (que não do seu conteúdo), mas não do remetente e/ou destinatário do email que seja terceiro. VI - Em qualquer caso, o acesso e tratamento de correio eletrónico (emails, anexos e dados de tráfego) pelo empregador tem que observar os princípios consagrados na Lei 67/98, designadamente os princípios da finalidade, da transparência e da notificação da CNPD. VII - A violação da proibição de recolha e utilização dos dados de correio eletrónico (conteúdo dos emails, anexos e dados de tráfego) e/ou dos princípios previstos na Lei 67/98 determina a nulidade da prova obtida por via dessa recolha, bem como da que assente, direta ou indiretamente, no conhecimento adveniente dessa prova nula”.

em que a AdC parece reservar-se o direito de “*exigir*” não só a prestação de informações, dados ou esclarecimentos independentemente do seu suporte como, igualmente, os próprios suportes que contêm tais informações.

Ora, uma tal solução confunde os poderes e prerrogativas conferidos à Autoridade para efeitos de uma busca (necessariamente autorizada ou validada por entidade judiciária e, concretamente, um juiz de instrução quando estiver em causa o acesso a comunicações eletrónicas) com aqueles que lhe assistem em sede de mero pedido de elementos, onde lhe é permitido tão-só solicitar informações, dados ou esclarecimentos às empresas, *independentemente dos suportes* em que se encontrem, o que é muito diferente de poder solicitar às empresas (com a correspetiva obrigatoriedade de estas lhe veicular, sob pena de incorrerem em contraordenação) os suportes respetivos.

Note-se que a Diretiva ECN+ não alude, nem sequer no seu considerando 35, à disponibilização dos suportes informáticos mas, apenas, à disponibilização de informação independentemente do suporte, o que é bem distinto.

É imperativo, pois, que haja lugar a uma clarificação de redação do artigo 15.º, destinada a acomodar o que antecede, nomeadamente:

- (i) que tais informações ou dados são veiculados “*independentemente do suporte*”, ao invés de “*em qualquer suporte*”; e
- (ii) eliminando-se a menção expressa a “*respetivos suportes*” no n.º 5.

**b) Elementos que devem instruir o pedido**

A experiência prática vem demonstrando que os elementos que devem obrigatoriamente figurar num pedido de informações são insuficientes (no grau de concretização e detalhe que encerram) para permitir a uma empresa visada um conhecimento mínimo exigível sobre a investigação que motiva o pedido (e a legitimidade deste). A questão adquire redobrada relevância no contexto da Proposta, atento o juízo de proporcionalidade que cabe à destinatária, face às “*exigências de investigação [...]*” (aspeto que retornaremos abaixo).

Neste sentido, sugere-se a introdução da seguinte menção adicional na alínea *a*) do n.º 3 (a sublinhado):

*“3 — Os pedidos referidos nos n.ºs 1 e 2 devem ser instruídos com os seguintes elementos:*

*a) A base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir o requerido, o objetivo do pedido e, quando o mesmo for dirigido à empresa investigada, indicação, ainda que sucinta, dos factos sob investigação”.*

c) **A proporcionalidade do pedido e a possibilidade de recusa de prestação de informações**

Conforme se referiu acima, a Diretiva ECN+ rodeia os pedidos de informação de um conjunto de cautelas: proporcionalidade do mesmo face às exigências da investigação (artigo 8.º e considerando 35), âmbito razoável (considerando 35), acessibilidade para a empresa das informações solicitadas (artigo 8.º) e não admissão da existência de infração (artigo 8.º).

No n.º 5 do artigo 15.º consagra-se a obrigatoriedade de resposta aos pedidos de informação, admitindo-se como exceção, nomeadamente, a hipótese em que a obrigação (de resposta) se revela “*desproporcionada em relação às exigências de investigação [...]*”.

Esta salvaguarda coloca integralmente na esfera das empresas o ónus de verificação da proporcionalidade do pedido formulado pela AdC, tarefa que se pode revelar excessivamente onerosa e delicada, tanto mais que, na fase em que uma empresa é chamada a fazer esta avaliação, pode ter um conhecimento muito limitado ou nulo sobre as exigências da investigação.

Ora, sem prejuízo da dispensa de obrigatoriedade de resposta consagrada no n.º 5 a favor dos destinatários do pedido, importa ter em mente que o ónus de aferição da proporcionalidade do mesmo em momento prévio à elaboração formal da solicitação compete à Autoridade.

Por forma a materializar o ónus que se impõe à AdC neste contexto, sugere-se que, nos n.<sup>os</sup> 1 e 2 do artigo 15.º, se faça menção expressa ao pedido de informações, dados ou esclarecimentos “*que se revelam proporcionados para efeitos de aplicação da presente lei*” (em vez de “*que considere necessários para efeitos de aplicação da presente lei*”).

Esta sugestão de alteração está diretamente ligada ao teor do n.º 5 que aqui também comentamos, pois, a não ser assim, este n.º 5, quando considerado isoladamente, configura uma inversão inadmissível do ónus da constatação da desproporcionalidade do pedido. A empresa deverá, sim, ter um direito de recusa, mas não deve caber apenas à empresa aferir da proporcionalidade do pedido, tanto mais quanto é a AdC a titular do inquérito e a entidade melhor posicionada para aquilatar dessa proporção entre meios e fins.

Além do mais, este direito de recusa (ou a desobrigação de uma resposta) deve ter ainda em conta as demais cautelas e salvaguardas constantes do artigo 8.º da Diretiva ECN+, nomeadamente a acessibilidade da informação em causa.

Tendo em conta o que antecede, cremos que o n.º 5 deve prever expressamente a possibilidade de recusa com base no facto de a informação *não respeitar à empresa ou não ser acessível à mesma* (conforme sugestão de reformulação apresentada mais adiante).

#### d) A solução vertida no n.º 6

O n.º 6 consagra, tal como resulta da redação proposta, uma proibição de valoração de prova, nas concretas circunstâncias aí elencadas. Trata-se de uma matéria que não está expressamente consagrada na Diretiva ECN+ e que sempre resultaria da aplicação subsidiária e com as necessárias adaptações do regime processual penal.

Sem prejuízo da previsão expressa de salvaguardas a este propósito na Lei da Concorrência, cremos que os moldes em que as mesmas são formuladas devem estar alinhados com as disposições relevantes do processo penal, das quais resulta claramente que não está em causa uma proibição de prova mas, antes a possibilidade conferida de

recusa de prestar depoimento, informações, dados ou esclarecimentos relativos aos seus familiares – novamente, é aspeto a que voltaremos na proposta de reformulação que deixamos na parte final do comentário ao artigo 15.<sup>9</sup>

e) **Os detalhes quanto ao teor das versões não confidenciais**

Na alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo trata-se, sem qualquer relação ou suporte na Diretiva ECN+, do alcance dos descritivos substitutivos da informação truncada nas versões não confidenciais dos documentos remetidos à AdC. Trata-se de matéria que releva especificamente do âmbito de aplicação do artigo 30.º da Lei da Concorrência, sugerindo-se que, por uma questão de técnica legislativa, o seu tratamento seja remetido para essa norma, e remetendo igualmente para os comentários que faremos nesse contexto ao sobredito artigo 30.º da Proposta.

Em síntese quanto ao artigo 15.º, por uma questão de clareza e completude e tendo em conta a diversidade de comentários apresentados nos parágrafos precedentes, deixa-se em seguida uma versão reformulada do mesmo, em linha com as sugestões feitas anteriormente aos seus diferentes segmentos:

*Artigo 15.º*

*Prestação de informações*

*1 — A AdC pode exigir solicitar, por escrito, às empresas investigadas, todas as informações, dados ou esclarecimentos que considere necessários se revelem proporcionados para efeitos de aplicação da presente lei, em qualquer independentemente do seu 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 portátéis, telemóveis ou outros dispositivos móveis, desde que acessíveis à destinatária se encontrem armazenados no território em que decorre a investigação.*

*2 — A AdC pode exigir solicitar, por escrito, a quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, todas as informações, dados ou esclarecimentos relevantes para efeitos de aplicação da presente lei que se revelem proporcionados, em qualquer independentemente do seu 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 se encontrem armazenados no território em que decorre a investigação.~~

3 — Os pedidos referidos nos n.<sup>os</sup> 1 e 2 devem ser instruídos com os seguintes elementos:

- a) A base jurídica, a qualidade em que a destinatária é solicitada a transmitir o requerido e, o objetivo do pedido e, quando o mesmo for dirigido à empresa investigada, a indicação, ainda que sucinta, dos factos sob investigação;
- b) O prazo para o fornecimento do requerido;
- c) A menção de que a destinatária deve identificar, de maneira fundamentada, as informações que considera confidenciais, por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos, ficheiros ou mensagens que contenham tais informações, expurgada das mesmas e incluindo descrição concisa e completa, da informação omitida;
- d) A indicação de que o incumprimento do pedido constitui contraordenação, nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º

[NOVO n.º #: Quando os pedidos referidos nos n.<sup>os</sup> 1 e 2 previsivelmente abranjam informações, independentemente do seu suporte ou formato, físico ou digital, que, apesar de acessíveis à empresa, possam pôr em causa a privacidade do respetivo titular ou de terceiro, os mesmos deverão, sob pena de nulidade, ser apresentados ao juiz de instrução que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.]

4 — Os pedidos devem ser cumpridos. As informações e documentos solicitados pela Autoridade da Concorrência devem ser fornecidos em prazo não inferior a 10 dias úteis, salvo se, por decisão fundamentada, for fixado prazo diferente.

5 — A destinatária é obrigada a fornecer as informações, dados ou esclarecimentos requeridos ou respetivos suportes a que tenha acesso nos termos dos n.<sup>os</sup> 1 e 2, consoante o caso, quando tal obrigação não se revele desproporcionada em relação às exigências de investigação, ou quando as informações, dados ou esclarecimentos não estiverem acessíveis à destinatária ou não disserem respeito a esta, 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.

6 — As informações apresentadas por pessoas singulares podem recusar-se a prestar informações, dados ou esclarecimentos dos quais resulte a sua responsabilização contraordenacional ou a do não podem ser utilizadas como prova para aplicação de sanções a essa pessoa ou ao seu cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos, afins até ao 2.º grau, adotantes ou adotados.

7 — *Às informações, dados ou esclarecimentos apresentados voluntariamente aplica-se o disposto na alínea c) do n.º 3.*

Passando agora à análise do **artigo 16.º** da Proposta (sem correspondência na Diretiva ECN+), começamos por salientar que o recurso ao correio eletrónico como forma de comunicação entre a AdC e as empresas é um sinal dos tempos e tem a vantagem de tornar os procedimentos de comunicação mais expeditos, eficazes e menos onerosos para as partes envolvidas. Importa, contudo, acautelar alguns aspectos práticos destinados a conferir certeza e segurança a tais comunicações.

Designadamente, importa assegurar que o endereço de email a que alude o n.º 1 do artigo 16.º é o endereço expressamente indicado para o efeito, no consentimento expresso dado para o recurso a essa forma de comunicação (por forma a evitar comunicações mal direcionadas e por vezes *perdidas* por vários dias dentro das organizações, como sucede frequentemente com outros meio de comunicação à distância, como o fax).

Por outro lado, como forma de assegurar um controlo sobre a efetiva entrega da comunicação por correio eletrónico (similar ao que existe num correio registado ou num fax), deve prever-se expressamente, como condição para a presunção prevista no n.º 8, que o correio eletrónico será enviado com acionamento, pelo remetente, dos procedimentos disponíveis em matéria de notificação de entrega e leitura da mensagem.

Por último, a remissão feita no n.º 9 para o n.º 6 afigura-se incompleta para as hipóteses de existência de uma pluralidade de visadas ou arguidas (ou “*empresas investigadas*”). Assim, e a alterar-se a norma, deverá aproveitar-se para acrescentar um novo número, com uma redação próxima da do n.º 14 do artigo 113.º do CPP, para o que se sugere a seguinte: “*Nos casos de notificação de nota de ilicitude e de decisão final, com pluralidade de visados e/ou de responsáveis solidários, quando o prazo para a prática de atos subsequentes à notificação termine em dias diferentes, o ato pode ser praticado por todos ou por cada um deles até ao termo do prazo que começou a correr em último lugar*”. Com esta introdução, o n.º 9 deverá remeter para os n.os 6 e para o novo número aqui proposto.

O artigo 18.º (sobre a realização de inquirições) tem correspondência parcial com o artigo 9.º e a alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva ECN+, quanto às alegadas *inquirições no exterior*.

a) **Contexto e finalidade dos poderes de inquirição da AdC**

Comparando o texto da Proposta com a atual redação dessa norma da Lei da Concorrência, não se percebe a razão da eliminação dos qualificativos “[n]o exercício de poderes sancionatórios” e “para o esclarecimento dos factos”, tanto mais que a versão da Proposta refere, por duas vezes (no início e no fim do proémio do n.º 1 do atual artigo 18.º) “para efeitos de aplicação da presente lei”.

Os poderes de inquirição são, na Lei da Concorrência atualmente em vigor, acometidos à AdC no exercício de poderes sancionatórios e a Diretiva ECN+, por seu turno, alude à possibilidade de inquirições pelas autoridades nacionais de concorrência no contexto de uma investigação ao abrigo dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Tendo em conta a delimitação clara dos poderes de inquirição feita nos dois normativos referidos, afigura-se surpreendente a alteração, agora introduzida na Proposta, que consiste em deixar de enquadrar expressamente estas faculdades no contexto do exercício, pela AdC, dos seus poderes sancionatórios, para passar a referir-se genericamente ao exercício das mesmas “*Para efeitos da aplicação da presente lei*”, quando esta última consabidamente abarca um leque mais amplo de intervenções do que as que estão em causa na Diretiva ECN+ (é o caso, nomeadamente, dos poderes de supervisão). Admite-se que possa tratar-se de um lapso, que urge corrigir.

Deve, pois, ser clarificado, por uma questão de segurança e certeza jurídica das empresas, que os poderes de inquirição da AdC se situam apenas no âmbito do exercício, por esta, de poderes sancionatórios.

Salienta-se ainda que o balizamento das temáticas a tratar numa inquirição, por referência ao que for “*relevante para efeitos da aplicação da presente lei*”, é um critério demasiado genérico e amplo, não tem apoio na Diretiva ECN+ e incrementa a insegurança jurídica associada à aplicação desta norma, dificultando o controlo da

relevância e proporcionalidade da informação solicitada e das questões colocadas. Cremos que é mais garantístico, para os inquiridos, a manutenção do critério previsto na atual formulação legal, que alude aos factos relevantes para a investigação em curso.

Afigura-se pois essencial, para evitar quaisquer dúvidas de interpretação quanto ao âmbito e alcance da norma e, bem assim, quanto aos correspondentes direitos e obrigações dos inquiridos que se mantenha a menção introdutória “*No exercício de poderes sancionatórios*” (já vertida no atual artigo 18.º), também na parte inicial deste novo artigo e, igualmente, na sua parte final, a menção “*que entenda necessários ou convenientes ao esclarecimento dos factos*”.

A título de observação final nesta sede, salientamos que este tipo de reformulação linguística é ainda desaconselhável porque cria uma impressão de distanciamento – a nosso ver indesejável – entre o posicionamento da empresa enquanto entidade alvo dos poderes sancionatórios da AdC (mas beneficiando das correspondentes garantias do direito sancionatório) e o seu posicionamento enquanto entidade regulada e legalmente vinculada a deveres de colaboração com a autoridade responsável pela aplicação da Lei da Concorrência.

**b) A solicitação de documentos e outros elementos de informação, no contexto de uma inquirição**

Dado que a norma em causa prevê a possibilidade de, no decurso de uma inquirição, serem solicitados documentos, deverá, correspondivamente, ficar expressamente prevista, no artigo 18.º, a aplicação do mesmo regime do artigo 15.º, designadamente quanto ao objeto do pedido, previsto no n.º 3 e as demais garantias aí estipuladas (o que pode ser feito, mediante a ampliação do âmbito da remissão efetuada no n.º 5 deste artigo, por forma a abranger-se igualmente o n.º 3 do artigo 15.º, e não só os n.os 5 e 6). A importância de uma norma remissiva com este alcance resulta ainda mais premente, tendo em conta a consagração de *desobrigações* de resposta.

**c) Teor da convocatória para inquirição**

Relativamente à alínea *c*) do n.º 2 do artigo 18.º, uma vez que a falta de comparência constitui contraordenação, seria importante ressalvar expressamente a cominação apenas de faltas injustificadas.

Adicionalmente e por uma questão de transparência, sugerimos que a convocatória conste igualmente a menção expressa à possibilidade de o inquirido se recusar a prestar declarações que impliquem a admissão do conhecimento da infração ou nos demais casos previstos no n.º 6, tal como comentado *supra*.

**d) Inquirições no exterior**

A norma do artigo 18.º, n.º 3, não se destina a transpor qualquer disposição da Diretiva ECN+, nem tem qualquer enquadramento na exposição de motivos que acompanha a Proposta, que permita inteligir o propósito que lhe subjaz.

A mesma suscita um conjunto de interrogações: em que circunstâncias é que a previsão se aplica? Com base em que critérios é que se determina uma inquirição “*no exterior*”? O que é “*exterior*” para este efeito? Que relação tem esta previsão com o artigo 18.º-A, relativo a inquirições no contexto de diligências de busca e apreensão?

Olhando, em primeiro lugar, para o texto da Diretiva ECN+, verificamos que do mesmo não consta qualquer menção expressa a inquirições no exterior, prevendo-se, apenas, que tal ocorra, como circunstância acessória à realização de buscas. É verdade que uma diliggência de busca pode envolver a realização de inquirições aos sujeitos aí presentes, o que implica que essas inquirições sejam realizadas “*no exterior*” da Autoridade (*i.e.*, nas instalações da empresa). No entanto, isso ocorre nestas circunstâncias excepcionais e não deve certamente corresponder à regra. Propõe-se, pois, a eliminação desta referência, dado que a mesma já resulta do artigo 18.º-A.

Solução inversa, que permitisse à AdC, ainda que a título subsidiário, realizar inquirições nas instalações de uma empresa fora do contexto de uma diligência de busca seria indesejável, pois constituiria um entrave injustificado ao normal funcionamento da empresa, passível de afetar a prossecução das atividades do quotidiano. Por outro lado, a solução seria desproporcional, dada a possibilidade de convocatória para presença nas

instalações da AdC, devidamente salvaguardada já pela previsão de aplicação de sanções devidas para a não comparência – cf. a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 18.º da Proposta.

Por uma questão de razoabilidade e equilíbrio, propõe-se a inserção do adjetivo “*injustificada*”, na alínea *c*) do n.º 3, para caracterizar e balizar as faltas de comparência a inquirições que se devem considerar constituir contraordenação.

Por fim, ainda quanto ao artigo 18.º, tendo em conta que nele se prevê, não só a possibilidade de inquirições mas também de prestação de documentos e outras informações, sugere-se que a remissão constante do n.º 5 abranja, para além dos n.os 5 e 6, também o n.º 3 da mesma disposição.

Quanto ao **artigo 18.º-A**, que a Proposta sugere aditar, têm plena aplicação, no comentário a esta norma, as observações já apresentadas (*i*) no comentário ao artigo anterior, quanto à necessidade de se limitar, por uma questão de segurança e certeza jurídica das empresas, os poderes de inquirição da AdC ao exercício, por esta, de competências em matéria sancionatória (com exclusão de qualquer outra), (*ii*) no comentário ao artigo 15.º, quanto à conveniência de uma transposição (na alínea *b*) do n.º 1 deste artigo 18.º-A) focada na norma correspeditiva da Diretiva ECN+ e não nos seus considerandos.

Ainda quanto à alínea *b*), e em linha com o comentário efetuado *supra*, na passagem relevante do artigo 15.º, julgamos que se apresenta como excessiva a previsão da possibilidade de a Autoridade realizar diligências de exame, recolha, apreensão ou cópia de informação “*independentemente do [...] local em que estejam armazenadas*”, uma vez que, quando a prova se encontre armazenada no território de outro Estado, o acesso direto, unilateral e transfronteiriço à prova digital armazenada noutros Estados representa uma violação de Direito Internacional Público, por promover uma ingerência não autorizada, e sem recurso a mecanismos de cooperação judiciária internacional, do Estado português no território de outro Estado.

Não podemos deixar de salientar que a previsão legal acima referida coloca em causa os esforços desenvolvidos a nível internacional para evitar a tendência de algumas autoridades acederem, de forma direta e ilícita, a prova digital armazenada noutra

Estado. Ignora, desde logo, que a Convenção sobre o Cibercrime, de Budapeste, apenas admite, no seu artigo 32.º, dois tipos de ingerência em prova armazenada noutra jurisdição: *(i)* ou se trata de dados informáticos armazenados acessíveis ao público (fonte aberta), caso em que a parte pode aceder a eles seja qual for a localização geográfica desses dados; *(ii)* ou, não o sendo, a possibilidade de uma parte aceder ou receber, através de um sistema informático situado no seu território, dados informáticos armazenados no território de outra parte (e apenas de outra parte, não de qualquer outro Estado), exige que obtenha o consentimento legal e voluntário da pessoa legalmente autorizada a divulgar esses dados, através deste sistema informático. Ignora, ainda, os sucessivos esforços desenvolvidos pelo Conselho da Europa no sentido de criar um protocolo adicional à Convenção sobre o Cibercrime que preveja a possibilidade de acesso transfronteiriço a prova digital, bem como as sucessivas interrupções do Grupo de Trabalho por impossibilidade de alcançar um consenso entre os Estados envolvidos. Ignora também a discussão, a nível internacional, de formas de reforço de cooperação internacional que permitam ultrapassar este constrangimento sem ser por via do acesso direto, nomeadamente, o pacote *e-evidence*, que visa permitir às partes interessadas notificar os prestadores de serviços, ao invés do Estado destinatário, para obtenção de prova (e nunca através do acesso direto e não autorizado).

Em suma, a Proposta visa, de uma penada, *contornar* o maior problema colocado em matéria de prova digital das últimas duas décadas, sem atender à circunstância de o acesso transfronteiriço a prova digital, mesmo se for feito com base em legislação interna, representar sempre uma ingerência no território de outro Estado. A disposição em causa deverá, por isso, conter uma limitação de acesso a prova territorial semelhante à que consta do artigo 19.º, n.º 2, da Convenção sobre o Cibercrime, limitando o acesso remoto a prova digital que se encontre armazenada num sistema informático “*no seu território*”.

Por último, a eliminação do advérbio “*estritamente*” na alínea c) é incompreensível, pelo que a referência deve ser mantida, dada a preponderância de uma necessidade qualificada para legitimar as medidas aí referidas.

O n.º 2 do artigo 18.º-A vem propor a realização de diligências de busca mediante consentimento “*das pessoas que sejam objeto da medida*”, como alternativa às buscas mediante autorização de entidade judiciária.

Em coerência com a tese sustentada até aqui, e dado que o consentimento – que deveria, sempre e em qualquer caso, ser adicionalmente qualificado como um consentimento informado, livre e prestado por escrito – como circunstância legitimadora das medidas vem apenas referido nos considerandos da Diretiva e apenas a título subsidiário ou excepcional, propõe-se a eliminação da alternativa.

Desde logo, não é linear a identificação dos titulares dos interesses protegidos pelas normas nem quem em concreto tem, no seio da empresa, competência e legitimidade para essa autorização. Por outro lado, muitas empresas nacionais têm uma estrutura de organização e funcionamento plurilocalizada e centros decisórios mais ou menos dispersos, o que dificulta o controlo dos processos decisórios num cenário de intervenção externa como é uma diligência de busca.

Cremos que as eventuais vantagens inerentes a uma tal solução não ultrapassam os apontados inconvenientes e riscos, sendo preferível (para todos os envolvidos, incluindo a própria Autoridade) uma solução como a atual, que exige sempre e em qualquer caso uma autorização da autoridade judiciária competente.

O mesmo n.º 2 introduz, na sua parte final, uma imposição de deferimento da autorização para inspeção, bastando-se para tal com a demonstração, pela AdC, de que existem motivos razoáveis para suspeita de uma infração. Este critério ou *standard* dispensa qualquer exigência de necessidade, proporcionalidade e adequação desta diligência em concreto face às (múltiplas) alternativas ao dispor da AdC para obtenção de prova (v.g., pedidos de informação, inquirições), todas elas menos intrusivas que uma diligência de busca e apreensão.

Uma tal solução afigura-se desrazoável, por introduzir (e limitar a decisão a) um critério excessivamente vago e brando que permite no fundo, à AdC, arbitrar indiferentemente entre os vários meios de investigação à sua escolha, sem qualquer consideração de subsidiariedade entre eles, em função da natureza mais ou menos invasiva dos meios utilizados.

Assim, o critério deve ser alterado, sugerindo-se para o efeito que se exija a demonstração, pela AdC, de que existem indícios de que a diligência em causa é *essencial* para a recolha de prova do ilícito em investigação, não se afigurando suficiente ou adequado no caso o recurso a meios menos invasivos.

No n.º 4 deste artigo, carece de esclarecimento a referência feita à “*autoridade judicial competente*”, dado que, nos demais pontos da Lei da Concorrência, se refere expressamente o juiz de instrução criminal. Assim, e para evitar qualquer dúvida e/ou dúvidas quanto a uma putativa inclusão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão na matéria, deverá substituir-se a referência por “*juiz de instrução criminal*”.

Relativamente ao n.º 7 do artigo 18.º-A, se a possibilidade de a AdC se fazer acompanhar pelas entidades referidas no artigo 35.º-A se afigura uma solução pacífica, porquanto diretamente prevista na Diretiva ECN+ em termos que não deixam margem para dúvida ou conformação concreta quanto ao leque de contemplados, cremos que o mesmo não sucede no que se refe aos demais “*acompanhantes autorizados ou nomeados*”. Ora, esta última referência deve ser devidamente balizada, sob pena de poder ocorrer uma delegação de poderes não autorizada, ainda para mais, quando esses acompanhantes não sejam entidades públicas, vinculadas pela prossecução do interesse público.

Com efeito, a Diretiva ECN+ exige aos Estados-Membros, no n.º 2 do seu artigo 7.º, que assegurem “*que os funcionários e outros acompanhantes autorizados pelas autoridades nacionais da concorrência a realizarem uma inspeção nos termos do n.º 1 do presente artigo, ou por ela nomeados para o efeito, dispõem, pelo menos, da competência prevista no artigo 6.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), e no artigo 6.º, n.º 2*”.

Ora, se compreensível num contexto europeu de grande diversidade organizatória das entidades administrativas, a referência aos acompanhantes autorizados merece, agora, maior precisão, dada a vinculação das entidades públicas ao princípio da legalidade e a insusceptibilidade de delegação em privados, sem norma prévia e habilitação expressa, do exercício de funções/prerrogativas públicas, como as listadas naquelas alíneas. Quer isto significar que, além das entidades previstas no artigo 35.º-A, e das entidades policiais (ou com poderes de polícia) referidas no n.º 2 do artigo 6.º da

Diretiva ECN+, e bem assim das entidades reguladoras e outras entidades públicas com as quais a AdC possa colaborar, nos termos do artigo 9.º dos respetivos Estatutos, resulta ininteligível a atribuição de poderes de natureza pública a privados ou, quiçá, até de peritos de que a AdC se sirva no decurso das diligências.

O n.º 10 do artigo 18.º-A prevê a possibilidade de continuação das diligências nas instalações da AdC. Esta possibilidade – expressamente consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva ECN+ – não pode deixar de ser acompanhada de um conjunto de cautelas adicionais destinadas a salvaguardar os direitos de defesa das empresas inspecionadas (cf., a este propósito, o considerando 33, nos termos do qual “*tais buscas deverão assegurar que os direitos de defesa das empresas continuem a ser devidamente respeitados*”) e a legalidade e regularidade do procedimento de busca conduzido pela AdC, aspectos omissos na Proposta.

Pela relevância e especificidade da matéria, cremos que importa acautelar expressamente, pelo menos, os seguintes aspetos:

- (i) A obrigatoriedade de os inspetores da AdC documentarem por escrito, em auto, todos os procedimentos realizados e todas as técnicas empregues pela AdC na condução das buscas, nomeadamente, termos de pesquisa utilizados e resultados obtidos, que tenham permitido à AdC a identificação e seleção dos meios probatórios considerados relevantes;
- (ii) A disponibilização de todos os elementos indicados no ponto anterior às empresas investigadas;
- (iii) Em qualquer caso, e sem prejuízo do que antecede, a possibilidade de assistência a todas as diligências de busca pelos mandatários das empresas investigadas.

Relativamente ao **artigo 19.º** da Proposta, merece-nos reparo a substituição do qualificativo *fundada* por *suspeita*, para efeitos de caracterização da suspeita que legitima a realização de buscas domiciliárias. Dada a natureza particularmente invasiva da medida em causa e o confronto que convoca com direitos fundamentais, justificar-se-ia aqui um nível máximo de proteção e garantia dos destinatários destas inspeções, o

que é contrariado pela opção da AdC, em relaxar o critério orientador através da aludida alteração.

Não se ignora que é o próprio texto da Diretiva ECN+ que se socorre, no seu artigo 7.º, da expressão “*suspeita razoável*”. No entanto, este preceito deve ser analisado e interpretado à luz do considerando 34 – que se reporta à necessidade de as autoridades nacionais de concorrência estarem em “*condições de demonstrar*” que essa suspeita existe, o que naturalmente postula a exteriorização dessa razoabilidade. Cremos, pois, que tem total pertinência e cabimento a manutenção da referência a “*fundada suspeita*”<sup>3</sup>.

Outro aspeto atinente ao artigo 19.º que nos suscita crítica é o alargamento da prerrogativa de buscas domiciliárias às infrações previstas no artigo 12.º da Lei da Concorrência (abuso de dependência económica).

Aliás, a inclusão do artigo 12.º no catálogo das infrações que justifica a realização de buscas domiciliárias – o que constitui uma novidade face à redação em vigor da Lei da Concorrência – parece-nos altamente problemática. Não só esta alteração não resulta (de todo) da Diretiva ECN+, como o abuso de dependência económica é um tipo de ilícito que não está contemplado nem abrangido pelo direito da União Europeia, que não é consensual nos vários Estados-Membros e que não é certamente dotado da gravidade e da consistência conceptual das demais práticas restritivas da concorrência. Não parece, por isso, que se justifique dotar esta figura de um poder com o alcance das buscas domiciliárias, para mais no contexto do exercício que é objeto da presente consulta pública.

No **artigo 20.º**, encaramos com enorme surpresa e grande preocupação a solução proposta no novo n.º 6 deste artigo, da qual resulta a desconsideração, em processos contraordenacionais de práticas restritivas da concorrência, do sigilo profissional dos advogados internos das empresas.

---

<sup>3</sup> Note-se ainda que “*reasonable*” significa “*based on or using good judgment and therefore fair and practical*” (cf. definição do Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus © Cambridge University Press), sentido que se afigura coadunar-se mais, na língua portuguesa, com o adjetivo “*fundada*” do que razoável.

Esta nova disposição traduz um afastamento radical face à solução consagrada na Lei da Concorrência (n.º 5 do artigo 20.º) e ao próprio entendimento da AdC, plasmado designadamente nas Linhas de Orientação da Autoridade sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 10.º e 12.º da LdC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE<sup>4</sup>, dos quais resulta, em termos claros, que a proteção conferida ao sigilo profissional não diverge, consoante se trate de advogado interno ou externo à empresa.

Curiosamente, esta nova disposição não encontra qualquer apoio na letra ou no espírito da Diretiva ECN+, que se limita a consagrar o sigilo profissional, numa lógica protetora e garantística, ao estabelecer que “[o]s Estados-Membros asseguram que as autoridades nacionais da concorrência, os seus funcionários, outros membros do seu pessoal e outras pessoas que trabalhem sob a supervisão dessas autoridades não divulgam as informações obtidas com base na competência prevista na presente diretiva e que estão abrangidas pelo sigilo profissional, exceto nos casos em que a divulgação seja permitida nos termos do direito nacional” (n.º 2 do artigo 31.º).

Perante uma modificação tão radical face ao teor atual da Lei da Concorrência e à prática seguida pela própria AdC, validada aliás pelos tribunais, é surpreendente que não se encontre, na exposição de motivos da Proposta qualquer explicação ou contextualização para tal modificação.

Independentemente desta omissão, inexistem, em Portugal, diferenças entre os advogados internos e os advogados externos que justifiquem uma diferenciação de tratamento quanto à abrangência pelo sigilo profissional.

Em primeiro lugar, o Estatuto da Ordem dos Advogados prevê, no seu artigo 73.º, o exercício da atividade em regime de subordinação, artigo que deve ser lido em conjugação com o disposto no artigo 89.º, relativo à independência do exercício da advocacia. Esta independência é, aliás, expressamente reconhecida no Código de

---

<sup>4</sup> Referimo-nos, em concreto, ao ponto VI.3., §197, onde se estabelece que “A proteção do sigilo profissional do advogado no âmbito de processos contraordenacionais por infração às regras nacionais de concorrência, abrangerá quer os advogados independentes quer os advogados que exercem a sua atividade em regime de subordinação (advogados de empresa ou in-house lawyers), desde que se encontrem registados na Ordem dos Advogados portuguesa ou em entidades congénères de outros países”.

Trabalho, onde se recorda e sublinha, no artigo 116.º, que “[a] sujeição à autoridade e direção do empregador não prejudica a autonomia técnica do trabalhador inerente à atividade prestada, nos termos das regras legais ou deontológicas aplicáveis”.

Daqui se retira que, ao abrigo da legislação portuguesa, os advogados internos estão sujeitos às mesmas normas deontológicas que são aplicáveis aos advogados externos, encontrando-se, por conseguinte, numa situação manifestamente igual a esse respeito.

Contra isso não se pode invocar a sujeição e a integração numa qualquer estrutura empresarial ou hierárquica, na medida em que qualquer conflito de deveres é, por imperativo legal, resolvido a favor da deontologia profissional. É neste preciso sentido que milita o artigo 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, ao dispor que: “[o] advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros”, relevando, ainda, o disposto nos n.os 1 a 4 do artigo 81.º do mesmo estatuto.

Destes dados resulta que a jurisprudência do TJUE na matéria, a qual poderá ter servido de inspiração para a solução vertida no n.º 6, não encontra qualquer justificativo de aplicação no plano nacional. E, além de não encontrar qualquer justificativo, a aplicabilidade de semelhante entendimento – excluindo os advogados *in house* da proteção conferida ao sigilo profissional – encontra-se, além do mais, vedada.

Por último, importa recordar a relevantíssima sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, no processo n.º 572/07.9 TYLSB (*Unilever Jerónimo Martins*), transcrevendo, pela sua simplicidade e clareza, algumas passagens:

“Concretizando, também o advogado de empresa está sujeito ao dever de sigilo profissional enquanto advogado, pelo que, em consequência, as regras que visam precisamente salvaguardar e possibilitar o exercício desse dever por parte do advogado, como é o caso das atinentes às buscas e apreensão

*de correspondência são-lhe aplicáveis (arts. 177.º e 180.º do Código de Processo Penal e 70.º e 71.º do EOA). E isto passa-se sem prejuízo de, por exercer funções numa empresa, quanto aos demais factos, realidades e informações de que tome conhecimento nessa empresa de que é funcionário, o advogado estar também obrigado a ‘segredo de funcionário’, que não merece, porém, a mesma proteção. Em suma, a nossa lei reconhece diretamente a proteção do sigilo profissional e não o limita aos advogados internos. A regra comunitária que foi criada por via jurisprudencial não é aplicável em procedimentos sancionatórios de direito nacional.”*

Também o Conselho Geral da Ordem dos Advogados emitiu já parecer sobre a mesma questão, cujas passagens mais relevantes aqui transcrevemos:

*“3.2. Em Portugal o segredo profissional dos Advogados, que decorre como corolário dos princípios constitucionais do direito “...à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário...” (nº 2 do artigo 20º da CRP) e das correspondentes prerrogativas legais (artigo 208º da CRP), encontra a sua sede normativa fundamental no EOA, designadamente no seu artigo 87º. A consagração normativa deste princípio fundamental (que, na virtuosa pena de ANTÓNIO ARNAULT (1) “...foi sempre considerado honra e timbre da profissão «condição sine qua non da sua plena dignidade»...”) é efectuada em termos absolutos e sem quaisquer restrições objectivas e/ou subjectivas, apenas se admitindo excepções perfeitamente circunscritas e determinadas (e controladas) casuisticamente pela Ordem dos Advogados (nº 4 do artigo 87º).”*

Por seu turno e decorrente deste princípio estruturante da advocacia, os artigos 70.º e seguintes do Estatuto da Ordem dos Advogados estabelecem também fortes condicionantes a quaisquer diligências de apreensão e buscas “[...] em escritório de Advogados ou qualquer outro local onde faça arquivo”, impondo a presença de um Juiz e do Presidente do Conselho Distrital (ou da Delegação ou Delegado) da Ordem dos Advogados (*vide*, igualmente, artigos 177.º, nº 3, e 180.º do CPP).

Por outro lado, em lado algum encontramos qualquer discriminação legal negativa de qualquer advogado (desde que com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados), designadamente de qualquer advogado que exerce a sua profissão no âmbito de uma relação jurídico-laboral.

Antes pelo contrário, o artigo 68.º do Estatuto da Ordem dos Advogados veio explicitamente consagrar *urbi et orbe* a plena compatibilidade de exercício da advocacia com a subordinação jurídica.

Mais do que isso, tal preceito veio mesmo salvaguardar e garantir o exercício da advocacia nesse contexto de vínculo jurídico-laboral nos ditames da isenção, autonomia e independência técnicas do advogado e dos princípios deontológicos da profissão.

Também não colhe invocar em sentido inverso qualquer entendimento jurisprudencial ou norma da Diretiva ECN+. Por um lado, porque essa norma inexiste. Por outro, porque é a própria jurisprudência a circunscrever a sua força irradiante ao plano da aplicação europeia do direito da concorrência, expressamente afirmando a legitimidade de coexistência de soluções distintas no plano nacional.

Com efeito, no processo *Azko Nobel*, o Tribunal de Justiça decidiu o seguinte:

*“os poderes de que dispõe a Comissão, com base no Regulamento n.º 17 e no Regulamento n.º 1/2003, são diferentes da extensão das investigações que podem ser realizadas a nível nacional. Os dois tipos de procedimento baseiam-se, efectivamente, numa repartição das competências entre as diferentes autoridades da concorrência. As regras relativas à protecção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes podem, portanto, variar em função desta repartição de competências e das regulamentações correspondentes. A este respeito, o Tribunal de Justiça decidiu que o direito da União e o direito nacional da concorrência consideram as práticas restritivas sob ângulos diferentes. Enquanto os artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE as encaram em função dos obstáculos ao comércio entre os Estados-Membros que elas podem gerar, as legislações internas, inspiradas por considerações que lhes são próprias, consideram as*

*práticas restritivas apenas neste âmbito (v., neste sentido, acórdão de 16 de Julho de 1992, Asociación Española de Banca Privada e o., C-67/91, Colect., p. I-4785, n.º 11). Nestas condições, as empresas cujas instalações tenham sido inspeccionadas, no âmbito de investigações em matéria de concorrência, podem determinar os seus direitos e obrigações em relação às autoridades competentes e ao direito aplicável, como, por exemplo, o tratamento de documentos susceptíveis de serem apreendidos no decurso dessa investigação e a questão de saber se as empresas em causa podem invocar a protecção da confidencialidade das comunicações com os assessores jurídicos. As empresas podem, portanto, orientar-se utilmente em função das competências das referidas autoridades e dos seus poderes concretos no que diz respeito à apreensão de documentos. O princípio da segurança jurídica não obriga a recorrer, para os dois tipos de procedimento acima mencionados, a critérios idênticos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes.”*

Acresce que, como é sabido, de acordo com o artigo 22.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se a Comissão Europeia mandatar a AdC para realizar uma ação de busca e apreensão em Portugal, esta exerce os seus poderes nos termos da respetiva legislação nacional, ou seja, é a própria legislação europeia a determinar e convocar a aplicação do direito nacional em matéria processual, em casos em que está em causa, no plano substantivo, a aplicabilidade do(s) artigo(s) 101.º e/ou 102.º do TFUE.

Por tudo o que antecede, a introdução de uma solução como a que se propõe para o novo n.º 6 do artigo 20.º não encontra qualquer arrimo nem apoio na letra ou no espírito da Diretiva ECN+ e coloca em causa o interesse público inerente ao sigilo profissional de advogado.

A finalizar a análise do artigo 20.º, a exigência, no respetivo n.º 7, de que a apreensão de documentos protegidos por sigilo bancário seja “*validada*” pelo juiz de instrução deixa por esclarecer se se trata de uma atuação prévia ou posterior à diligência. Sugerimos que se clarifique que é verdadeiramente uma autorização que é exigida.

Entrando agora na análise à proposta de alteração ao **artigo 22.º**, e concretamente ao seu n.º 7, sugere-se uma clarificação da sua redação, no sentido de bifurcar claramente as opções do visado em sede de proposta de transação: ou reconhece a sua responsabilidade, ou renuncia ao direito de contestar judicialmente a sua participação na infração em causa.

A Autoridade propõe ainda, como alteração ao citado n.º 7, que a proposta de transação contenha um “*compromisso do pagamento das sanções a ser aplicadas pela AdC*”. Ora, recorda-se que o procedimento de transação se reveste, pela sua própria natureza, de uma acentuada componente negocial entre a AdC e o visado em causa. Para além dos alegados factos e respectiva imputação, gravidade e duração da infração, discute-se também no procedimento de transação uma indicação do montante máximo da coima aplicável ao caso concreto. É com base nessa discussão que o visado poderá optar, ou não, por transigir, beneficiando a AdC, nessa hipótese, de ganhos processuais relevantes. Excluir das “conversações” de transação este elemento, ficando o visado desprovido de qualquer referência quanto ao montante da coima concretamente aplicável (como parece decorrer da eliminação da parte final do n.º 8), mas comprometendo-se em simultâneo a pagar o valor que vier a ser aplicado pela AdC (acrescendo sugerido de novo no n.º 7), introduz um desequilíbrio manifesto no contexto de um processo negocial e sujeita o visado a uma incerteza desrazoável.

A concretizar-se, esta alteração poderá vir a reduzir o interesse das empresas em participar no procedimento de transação, fragilizando assim um importante mecanismo que tem vindo a ser crescentemente utilizado nos últimos anos. Como tal, entendemos que o segmento relativo a um “*compromisso do pagamento das sanções a ser aplicadas pela AdC*” deve ser eliminado da redação proposta para este número.

No que concerne aos dispositivos legais que regem as decisões de imposição de condições, tanto na fase de inquérito (**artigo 23.º**) como na de instrução (**artigo 28.º**), ressalta primeiramente à vista a intenção de se abandonar a referência a esta tipologia de decisões como modalidades de *arquivamento*, passando apenas a caracterizar-se tais decisões como *pondor fim* ou *terminando* o processo.

Ora, o termo *arquivamento* reveste-se de um sentido técnico próprio, relacionado com a decisão de pôr fim a um determinado impulso processual de investigação sem concluir pela imputação de responsabilidade e em termos que implicam que os mesmos (processo e investigação) apenas em circunstâncias muito excepcionais poderão vir a ser retomados, ou reabertos, futuramente. A decisão de arquivamento vincula e responsabiliza a AdC quanto à apreciação que faz, nesse momento, dos indícios, factos e provas de que obteve conhecimento e baliza de modo preciso e seguro em que condições poderá esse arquivamento vir a ser revertido (v.g., vejam-se as circunstâncias previstas e reguladas no n.º 7 do artigo 23.º).

Desse modo, e não se identificando qualquer vantagem em substituir uma terminologia com sentido técnico preciso (*arquivamento*) por uma terminologia vaga, ambígua e inexata (uma vez que nem sequer permite valorar a ausência de responsabilização que o arquivamento comporta), entende-se que a melhor solução será manter a redação anterior das duas normas em questão, em todos os segmentos em que faça referência ao arquivamento do processo.

No n.º 7 do artigo 23.º, propõe-se suprimir a condicionante temporal associada às causas excepcionais de reabertura do processo (“*no prazo de dois anos*”), hipótese que, mais uma vez, não parece ter fundamento justificativo atendível. Note-se que a limitação do período temporal dentro do qual se admite uma *reabertura* de processo anteriormente arquivado é necessária para salvaguardar um mínimo de nexo de causalidade entre os factos originariamente objeto de investigação e aquela reabertura. Decorridos mais de dois anos sobre a decisão de arquivamento, qualquer alteração da situação de facto em que se fundou essa decisão terá já uma ligação ténue aos factos e, nesse caso, uma de duas: ou a AdC entende haver indícios de ilícito, e *abre* (não *reabre*) novo inquérito, ou entende não existirem tais indícios, hipótese em que uma reabertura de inquérito anteriormente arquivado não faria sentido. Por outro lado, a inexistência de limitação temporal associada à possibilidade de reabertura de um inquérito resultaria, para os visados em causa, num estado de incerteza e insegurança jurídica dificilmente sustentáveis.

Já por referência ao **artigo 24.º**, em nossa opinião, a redação proposta para a alínea *b*) do seu n.º 3 representaria uma redução desrazoável da segurança jurídica das empresas. A Proposta pretende suprimir a referência à (inexistência de) “[...] *possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória*”, substituindo-a pela formulação de “*que não existem motivos para lhe dar seguimento, nomeadamente por considerar o processo de investigação não prioritária*”.

Porém, sendo a inexistência de indícios que sustentem uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão “*que declare a existência de uma infração*” a principal causa de arquivamento de processos no termo do inquérito, deveria a redação da alínea *b*) deste n.º 3 ser simétrica à da respetiva alínea *a*). Por um lado, não parece fazer sentido convocar o princípio da oportunidade para esta fase do processo, uma vez que a determinação da natureza prioritária ou não de uma investigação já é aferida pela AdC no momento da abertura do inquérito (*cf.* n.º 1 do artigo 7.º). Por outro lado, se for permitido à AdC furtar-se a assumir, de forma objetiva e transparente, a inexistência de indícios suficientes como causa de arquivamento, permitir-se-ia que sobre as empresas, associações de empresas e pessoas singulares visadas pela investigação em causa permanecesse uma nuvem de suspeição inadmissível mesmo depois de o processo ser arquivado. Por estes motivos, entende-se ser de manter inalterada a redação da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 24.º

Apesar de nos termos já acima pronunciado sobre as preconizadas alterações ao procedimento de transação na fase de inquérito (previsto no artigo 22.º), e sem prejuízo de a análise então empreendida se aplicar também em larga medida ao procedimento de transação na fase de instrução, justifica-se, a nosso ver, fazer uma referência autónoma ao **artigo 27.º**, no qual a questão vem tratada, essencialmente para sinalizar dois aspetos.

Em primeiro lugar, saúda-se o alargamento do prazo para apresentação de uma proposta de transação (até à decisão final da instrução), bem como a previsão expressa de suspensão do prazo de pronúncia sobre a decisão de inquérito, enquanto decorrerem discussões sobre a proposta de transação. Em segundo lugar, uma vez que, como se reconhece no novo n.º 4, a suspensão do prazo para a pronúncia a que se refere o n.º 1

do artigo 25.<sup>º</sup> (prevista nos n.<sup>os</sup> 2 e 3) pode – ou não – aproveitar apenas ao visado que apresente uma proposta, conforme decisão da AdC a tomar nesse momento, propõe-se que seja aditada a necessidade de audição desse visado em momento anterior à tomada de decisão pela AdC, uma vez que se pode justificar o alargamento da suspensão do prazo a todos os visados, nomeadamente para não criar situações de desequilíbrio no exercício do respetivo direito de defesa ou de assimetria de informação no contexto das negociações de transação.

Também o **artigo 29.<sup>º</sup>**, relativo à conclusão da instrução, nos merece uns breves comentários. Não se comprehende a utilidade da expressão “*mesmo que ocorrida no passado*”, aditada na alínea *a*) do n.<sup>º</sup> 3, tendo em conta a prática decisória da AdC e dos tribunais judiciais, até porque o n.<sup>º</sup> 6 parece abrir a possibilidade à aplicação de coimas e outras sanções nessas situações, que esperamos naturalmente que não se reportem a práticas restritivas da concorrência já prescritas.

Quanto ao n.<sup>º</sup> 4 desta norma, também não se percebe o porquê da eliminação da possibilidade de aplicação de uma sanção de admoestaçāo – opção que não decorre da Directiva ECN+ e que elimina injustificadamente uma sanção que faz parte do catálogo tradicional das contraordenações e que é tipicamente usada em processos dessa natureza.

Chegados à problemática dos segredos de negócio (**artigo 30.<sup>º</sup>**), constata-se, antes de mais, o aditamento, nos n.<sup>os</sup> 2 e 4 do presente artigo, da necessidade de as versões não confidenciais dos documentos incluírem uma “*descrição concisa, mas completa, da informação omitida*”. Não obstante tal representar, na prática, a forma de preparar uma versão não confidencial – *i.e.*, mediante a ocultação e substituição de informação confidencial pelas respetivas descrições sumárias – entende-se que a expressão “*descrição concisa, mas completa*” pode facilmente originar equívocos e incompREENSões, desde logo porque *concisa* e *completa* são duas exigências praticamente opostas. Sugere-se, pois e em linha com as orientações da Comissão

Europeia aplicáveis<sup>5</sup>, a adoção alternativa da expressão “*descrição concisa e inteligível*” ou “*descrição concisa e compreensível*”. A mesma sugestão se aplica à expressão idêntica que consta da parte final da alínea c) do n.º 3 do artigo 15.º

No n.º 7 do artigo 30.º, pretende aditar-se uma nova definição de segredo de negócio, que, com o devido respeito, não tem fundamento legal nem qualquer tradição que se conheça no âmbito dos processos de aplicação do direito da concorrência, é contrária às orientações mais recentes na matéria<sup>6</sup> e é ainda avessa à jurisprudência dos tribunais que se têm pronunciado sobre este tema<sup>7</sup>. Trata-se ainda de um conceito extremamente redutor, uma vez que é parcialmente importado do Código da Propriedade Industrial (*cf.* artigo 313.º), cujo objetivo, alcance e tutela de interesses são radicalmente distantes dos segredos de negócio relevantes para o direito da concorrência. Aquele corresponde ao designado segredo comercial, que é apenas um dos tipos de segredo de negócio relevante no âmbito do direito da concorrência.

Ao utilizar um conceito inadequado, importado de um ramo do direito em que as exigências e *ratio* da tutela do segredo são distintas, esta proposta acaba por atentar contra a proteção do segredo enquanto direito fundamental das empresas e pessoas, também elas, e nos termos do princípio da universalidade consagrado no artigo 12.º da Constituição, titulares do direito à privacidade e à preservação da natureza confidencial de informações que lhes garantam o desenvolvimento das suas atividades económicas em condições de concorrência com os demais operadores.

Ainda a respeito desta questão, fazemos notar que, como a prática tem evidenciado<sup>8</sup>, os segredos de negócio são apenas uma das modalidades de informações cuja confidencialidade é merecedora de tutela. Assim, sugerimos que a epígrafe e os

---

<sup>5</sup> Cf. DG Competition informal guidance paper on confidentiality claims, disponível em [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance_en.pdf).

<sup>6</sup> Cf., a título de exemplo, o projeto de comunicação da Comissão Europeia sobre a proteção das informações confidenciais para a aplicação privada do direito da concorrência da UE pelos tribunais nacionais, recentemente colocada em consulta pública, §§ 23-25.

<sup>7</sup> Cf., por exemplo, o acórdão do Tribunal Geral da União no processo T-353/94 Postbank/Comissão, § 87.

<sup>8</sup> Cf., entre nós, as Linhas de Orientação da Autoridade sobre a Instrução de Processos Relativos à Aplicação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, §§ 176 ss.

vários números do artigo 30.<sup>º</sup> passem a reportar-se às *confidencialidades* ou *informações confidenciais* e não apenas aos *segredos de negócio*.

O novo **artigo 30.<sup>º</sup>-A**, relativo aos dados pessoais, aparenta ser desnecessário e redundante. A licitude do tratamento de dados pessoais que seja necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública encontra-se já prevista no Regulamento Geral de Proteção de Dados. Perante um dado pessoal, caberá ao visado (ou à pessoa que disponibilizou esses dados) classificar esses dados como informação confidencial, nos termos do artigo 30.<sup>º</sup>

No que tange ao tema da prova admissível, vertido essencialmente no **artigo 31.<sup>º</sup>**, começamos por registar que a possibilidade de utilização de prova digital é expressamente abordada num único artigo da Diretiva ECN+, o artigo 32.<sup>º</sup>

A transposição desta norma implica um substancial aumento da capacidade operativa da AdC, permitindo-lhe, nomeadamente, passar a apreender mensagens eletrónicas (incluindo mensagens de correio eletrónico, vulgo e-mails), pelo que o mesmo deve ser contrabalançado pelo reforço da proteção dos direitos de defesa e dos direitos fundamentais dos visados.

Nessa medida, propõe-se a eliminação do segmento final do n.<sup>º</sup> 2 deste artigo: “*não sendo aplicável o disposto no artigo 42.<sup>º</sup> do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada.*”

Com efeito, para além da Constituição da República Portuguesa e do CPP, que condicionam o acesso a este meio de prova, considera-se que esta exceção vai muito além dos objetivos da Diretiva ECN+ e afigura-se desnecessária para efeitos de aplicação da Lei da Concorrência. Veja-se que o artigo 32.<sup>º</sup> da Diretiva ECN+, ao dispor sobre os meios de prova admissíveis, não distingue entre as comunicações alojadas em dispositivos pessoais e em dispositivos profissionais, nem distingue consoante o teor das comunicações seja estritamente profissional ou pessoal. No entanto, a letra da Diretiva ECN+ é clara, ao referir a necessidade de esses dados/informações/comunicações respeitarem à empresa (*vide* considerando 30) e, bem assim, ao dispor que as informações têm de ser acessíveis à empresa (*vide* considerando

35), o que significa que toda e qualquer informação, dado, ou esclarecimento atinente à reserva da vida privada ou à vida pessoal ou familiar de colaboradores da empresa ou associação não configura uma informação, nem respeitante à vida da empresa, nem acessível a esta. Por outras palavras, nessas hipóteses, o direito de recusa dos destinatários do pedido de informações será legítimo. É também isto que resulta da jurisprudência nacional em matéria laboral<sup>9</sup>.

Por outro lado, deverá ficar claro que não são permitidas interseções de comunicações eletrónicas ou escutas telefónicas, um meio de obtenção de prova que se encontra consagrado no CPP para crimes graves e na medida em que seja absolutamente indispensável para a descoberta da verdade.

Por fim, propõe-se igualmente a eliminação da menção “*entre outros [meios de prova] não expressamente proibidos*”. Com efeito, no âmbito do sistema processual penal português, não se aceita a admissão de qualquer tipo de prova, devendo ser sempre respeitados os artigos 125.<sup>º</sup> e 126.<sup>º</sup> do CPP<sup>10</sup>.

Por fim quanto ao artigo 31.<sup>º</sup>, sugerimos que no n.<sup>º</sup> 3 se clarifique que o que aí se regula é apenas e só a utilização de meios de prova no quadro e para efeitos do exercício de poderes sancionatórios e não indistintamente “[p]ara efeitos da aplicação da presente lei” como aí se lê na Proposta.

Em matéria de publicidade do processo e segredo de justiça, pretende-se incluir a possibilidade, no n.<sup>º</sup> 5 do **artigo 33.<sup>º</sup>**, de a Autoridade comunicar a terceiros factos sujeitos a segredo de justiça se tal for “*necessário à promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência*.” Como é bom de ver, trata-se de uma expressão bastante ampla e ambígua, sem que se vislumbre a sua utilidade e o seu propósito. Estando o processo em segredo de justiça, tipicamente até à decisão final de inquérito ou instrução, que factos necessitará a AdC de comunicar a terceiros ao abrigo daquela opção? Já o poderá fazer, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar

---

<sup>9</sup> Cf., por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.12.2016, no âmbito do processo n.<sup>º</sup> 208/14.1TTVFR-D.P1.

<sup>10</sup> No mesmo sentido, veja-se PAULO DE SOUSA MENDES, *As proibições de Prova em Processo Penal*, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, pp. 135-136.

conveniente ao esclarecimento da verdade, objetivos últimos de qualquer investigação. Nesta medida, propõe-se a eliminação desta possibilidade.

O novo n.<sup>º</sup> 8 que se propõe aditar ao artigo 33.<sup>º</sup> da Lei da Concorrência exclui do direito de acesso ao processo os documentos internos da Autoridade. Esse entendimento está em consonância com o da Comissão Europeia em processos de aplicação dos artigos 101.<sup>º</sup> e 102.<sup>º</sup> do TFUE. Sugere-se tão-somente uma explicação adicional, no sentido de clarificar que esses documentos internos não podem ter qualquer valor probatório ou relevância para a decisão do caso, tal como também se prevê no plano do direito da UE.

A rematar os comentários ao capítulo das práticas restritivas, só uma nota sucinta quanto ao **artigo 34.<sup>º</sup>**: a possibilidade de manutenção de medidas cautelares até à decisão final do processo, sem a existência de prazos máximos, parece desproporcionada.

#### 4. APRECIAÇÃO DAS ALTERAÇÕES AO CAPÍTULO SOBRE INFRAÇÕES E SANÇÕES

O **artigo 68.<sup>º</sup>**, n.<sup>º</sup> 4, e o **artigo 69.<sup>º</sup>**, n.<sup>º</sup> 2, deverão ser eliminados pelas razões já expostas a propósito do artigo 2.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, e, adicionalmente, por serem redundantes face ao teor desta última norma.

No novo elenco dos fatores de determinação do montante das coimas, passa a prever-se, no n.<sup>º</sup> 3 do artigo 69.<sup>º</sup> da Proposta, um critério de reincidência no cálculo da coima que considera toda a unidade económica que a entidade infratora integra.

Ora, se a intenção era, de alguma forma, aproximar este aspeto de regime da disciplina europeia, fazemos notar que tal disposição, que pretende densificar o critério da reincidência já previsto na alínea *h*) do n.<sup>º</sup> 1 do artigo 69.<sup>º</sup>, não reflete a jurisprudência relevante do TJUE (a que faz referência o considerando 47 da Diretiva ECN+), e que, de todo o modo, a questão não se encontra ainda suficientemente consolidada para dever ser codificada na Lei da Concorrência no sentido proposto. A título de exemplo, a Proposta determina a apreciação da reincidência como fator agravante, sem precisar que se deve tratar do mesmo tipo ou categoria de infração (por

exemplo, uma condenação passada ao abrigo do artigo 101.º do TFUE não deve ser relevante para o agravamento de uma coima à luz do artigo 102.º do mesmo tratado).

Por outro lado, e à semelhança da crítica que dirigimos *supra* à nova formulação do artigo 3.º da Lei da Concorrência, a referência, na Proposta, às infrações cometidas por empresas que mantenham “*laços de interdependência*” com a empresa visada (nos n.ºs 3 e 4 deste artigo 69.º) poderá abranger situações que vão para além das situações de *unidade económica*, na aceção da jurisprudência dos tribunais europeus sobre *parental liability* (e que não se encontra igualmente ainda consolidada).

Idênticas considerações podem ser formuladas a propósito da referência, no n.º 4 do artigo 69.º, às empresas “*que mantenham com estas* [as empresas infratoras] *laços de interdependência*”, devendo este segmento ser suprimido.

Por outro lado, ainda no n.º 4, a segunda parte da disposição, respeitante ao limite máximo da coima aplicada a uma associação de empresas, não parece transpor adequadamente o artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva ECN+, pois não faz qualquer referência à necessidade de se demonstrar (para considerar que o limite máximo da coima tem em conta a soma dos volumes de negócios mundiais dos associados), que “*a infração [está] relacionada com as atividades dos seus membros*”. Parece-nos que a formulação do primeiro período do n.º 2 do artigo 15.º da Diretiva ECN+ é mais feliz do que a da norma de transposição proposta, pelo que se sugere a autonomização de um novo número no artigo 69.º, que reproduza o referido primeiro período (que termina em “[...] cometida pela associação”), eliminando a referência correspondente no n.º 4 do mesmo artigo 69.º

Ainda no âmbito do artigo 69.º, o n.º 7 contempla uma forma de cálculo do volume de negócios, que subjaz à determinação da coima, tomando como referencial os critérios previstos no artigo 39.º da Lei da Concorrência no quadro de procedimentos de controlo de concentrações, acrescentando que esse cálculo poderá ser objeto de estimativa.

Esta disposição, que não encontra apoio na Diretiva ECN+, afigura-se-nos inteiramente desadequada e desproporcional, pois a noção de “*empresa*” para efeitos de controlo de concentrações não coincide com a noção de “*unidade económica*” para efeitos de imputação de infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Por seu turno, o segmento final da disposição, que refere que o produto deste cálculo poderá ser alvo de estimativa, implica introduzir um método de determinação da coima que é inexato e impreciso e que não corresponde à exata medida da natureza e gravidade da infração, mas sim a um cálculo aproximado que coloca em causa a segurança e certeza jurídica num processo de natureza sancionatória e, tendencialmente, acusatória.

A limitação do calendário de faseamento a dois anos contados da data de adoção de uma decisão definitiva ou do seu trânsito em julgado, constante do n.º 12, não se afigura justificada por qualquer interesse relevante, representando uma limitação aparentemente arbitrária de uma possibilidade de adequar a sanção à situação financeira do destinatário da sanção.

A finalizar a análise deste capítulo, damos nota de que a Proposta contém uma nova norma, o **artigo 69.º-A**, sobre concurso de contraordenações e de infrações, que não encontra qualquer apoio na Diretiva ECN+ e que se afasta do regime-regra do direito sancionatório em matéria de concurso de contraordenações e de infrações (nomeadamente do RGCO e do Código Penal). Além do mais, a norma preconizada pode conduzir à aplicação de cúmulos jurídicos de coimas em montantes manifestamente excessivos para os fins prosseguidos pelo regime jurídico da concorrência, sendo, como tal, suscetível de pôr em crise o princípio da proporcionalidade.

Sugerimos, por isso, a eliminação do mencionado artigo 69.º-A.

No **artigo 71.º**, o alargamento da aplicação da sanção acessória de não participação em procedimento de formação de contrato a qualquer pessoa que constitua uma unidade económica com a empresa infratora poderá determinar a exclusão do mercado de empresas que tenham na formação de contratos a sua atividade fundamental, gerando situações de enorme desproporcionalidade entre a sanção, por um lado, e o desvalor da infração e o fim dissuasor que se pretende atingir, por outro.

E, por último, reitera-se a observação crítica e a sugestão de eliminação já feitas anteriormente a propósito da referência à manutenção de *laços de interdependência*, retomada no artigo 71.º, n.º 1, alínea b).

No que respeita ao **artigo 77.º**, assinala-se que a alínea *d*) do n.º 2 constitui uma repetição da subalínea *iv*) da alínea *a*), pelo que deve ser suprimida. Do mesmo modo, a alínea *e*) do n.º 2 reproduz em grande medida o previsto na subalínea *v*) da alínea *a*), pelo que deverá ser igualmente suprimida, acrescentando-se apenas na subalínea *v*) a expressão sublinhada: “*Abster-se de revelar a existência ou o teor da apresentação, ou da intenção de apresentação, do pedido de dispensa, salvo à Comissão Europeia ou outra autoridade nacional de concorrência ou mediante autorização escrita da AdC*”.

Por fim, relativamente ao **artigo 80.º-D, n.º 2**, consideramos que se deverá prever um prazo para a AdC informar o requerente da intenção de lhe conceder uma redução do montante da coima, caso conclua liminarmente que os elementos de prova por si apresentados têm um valor adicional significativo, à semelhança do que se prevê no artigo 80.º-C, n.º 6, relativamente ao requerente de dispensa de coima, pelo que sugerimos a introdução da seguinte expressão sublinhada “... *informa o requerente da intenção de lhe conceder uma redução do montante da coima, no prazo de 20 dias após a apresentação do pedido completo, com indicação [...]*”.

## 5. APRECIAÇÃO DAS ALTERAÇÕES AO CAPÍTULO SOBRE RECURSOS JUDICIAIS

Embora se felicite a Autoridade por retomar a previsão do efeito, em regra, suspensivo dos recursos judiciais das decisões condenatórias – única solução que nos parece adequada – prevê-se, no n.º 4 do **artigo 84.º**, a manutenção do efeito meramente devolutivo dos recursos de qualquer decisão interlocutória.

Ao consagrarse, de forma indiscriminada, o efeito devolutivo destes recursos, aí incluídas as decisões relativas a pedidos de confidencialidade de informações sensíveis, a formulação proposta é suscetível de tornar ineficaz o direito ao recurso em algumas situações, enquanto via processual de tutela de direitos, na medida em que certas decisões interlocutórias, pelo seu conteúdo, são suscetíveis de afetar de forma definitiva posições jurídicas dignas de tutela.<f

Em alternativa à consagração do efeito suspensivo dos recursos interlocutórios, poderia ponderar-se a consagração de uma tutela cautelar a favor dos visados – uma vez

que a Lei da Concorrência só a prevê em favor da Autoridade – em casos de risco de lesão grave dos seus direitos.

Ainda a respeito dos recursos interlocutórios, o **artigo 85.<sup>º</sup>** determina, no respetivo n.<sup>º</sup> 4, que esses recursos são decididos por despacho, sem audiência de julgamento e sem possibilidade de oposição por parte do visado, da AdC ou do Ministério Público.

A solução aqui proposta está em dissonância com as regras do processo contraordenacional e difere consideravelmente do que se encontra estabelecido na Lei da Concorrência para os recursos da decisão final. Não nos parece que esta opção se mostre adequada e proporcional à luz dos princípios do contraditório e da descoberta da verdade material.

O novo **artigo 86.<sup>º</sup>-A** vem trazer alguma segurança jurídica em torno da arguição de nulidades no âmbito de diligências de busca e apreensão, o que é naturalmente positivo. Contudo, a previsão de que tais vícios têm de ser invocados “*até ao encerramento das referidas diligências*” é demasiado restritiva dos direitos de defesa das empresas ou associações de empresas visadas.

Não só certo tipo de nulidades geradas no decorrer de diligências de busca e apreensão apenas são cognoscíveis mais tarde, depois do encerramento dessas diligências, como a faculdade de a AdC prosseguir tais diligências nas suas instalações ou em quaisquer outras instalações designadas, uma novidade da atual Proposta, pode criar uma incerteza insanável em relação ao momento em que as diligências se encerram, comprometendo a capacidade do visado arguir as nulidades no tempo fixado.

O diploma devia, nestes termos, prever um prazo subsequente (por exemplo, 10 dias úteis depois do encerramento das diligências ou da tomada de conhecimento do incidente em causa) para que o visado possa arguir as nulidades.

O **artigo 87.<sup>º</sup>** da Lei da Concorrência mantém a fixação de um prazo de 30 dias úteis, não prorrogável, para o visado interpor recurso de impugnação judicial da decisão condenatória e para a Autoridade apresentar as suas contra-alegações.

Como a prática tem vindo a ilustrar, este prazo revela-se manifestamente curto em processos de grande dimensão ou elevada complexidade. Consideramos, por isso, que

seria do interesse de todos os envolvidos que ele fosse revisto, nomeadamente por referência ao regime processual europeu, que, no âmbito de recursos de anulação de decisões da Comissão Europeia, prevê um prazo de impugnação de 2 meses a contar da data da notificação.

Finalmente, o n.º 2 do **artigo 88.º** vem sugerir que, em caso de condenação judicial, se proceda a uma atualização do montante da coima por via da aplicação de uma taxa equivalente aos juros legais, calculada desde a notificação da decisão sancionatória na fase administrativa.

Esta previsão suscita-nos as maiores reservas e é particularmente problemática, pois que, em caso de impugnação judicial, a decisão recorrida não é definitiva. Uma solução como a preconizada é suscetível de contender com a jurisdição plena dos tribunais na definição da pena (coima) e com o princípio da presunção de inocência, tratando incoerentemente como definitivo um valor que apenas se torna definitivo depois do respetivo controlo jurisdicional. Ademais, tal proposta de alteração representa uma compressão do direito ao recurso, uma vez que, ao remeter o momento inicial de atualização do montante para o momento da decisão administrativa, retira incentivos ao recurso a um contencioso de legalidade cuja morosidade, ainda que inimputável ao acoimado, implicaria, na maioria dos casos, mais do que uma atualização considerável, uma autêntica cláusula penal.

No limite, e se permanecer algum receio generalizado (certamente não fundado) por parte da Autoridade quanto ao propósito dilatório dos recursos, poderia equacionar-se e debater-se entre a comunidade jurídica a possibilidade de consagração de uma opção de correção monetária (com base no Índice de Preços no Consumidor divulgado pelo Instituto Nacional de Estatística), que ao menos não penalizaria tão fortemente o visado por exercer o seu direito inalienável de reagir contra uma decisão com a qual não concorda.

## 6. APRECIAÇÃO DAS ALTERAÇÕES AOS ESTATUTOS DA AdC

Na medida em que a Proposta inclui alterações aos Estatutos da AdC, aproveitamos para tecer considerações em relação a algumas das alterações projetadas.

Desde logo, a primeira parte do n.º 2 do **artigo 2.º** proposto pela AdC, nos termos do qual “[t]odas as disposições legais aplicáveis ao funcionamento da AdC devem ser interpretadas à luz do Direito da União Europeia”, para além de não estar expressamente prevista na Diretiva ECN+, suscita dúvidas de interpretação, por um lado, e parece ser desnecessária, por outro. Com efeito, fica a dúvida à luz de que disposições do direito da União se pretende que as regras legais sobre o funcionamento da AdC sejam interpretadas.

Tal análise deverá ser ponderada em cada caso concreto, já que as normas do direito da União efetivamente aplicáveis ao funcionamento da Autoridade aplicam-se sem necessidade de tal estar expressamente enunciado em ato legislativo, consequência que decorre, entre o mais, dos princípios do primado do direito europeu e da interpretação conforme. Na mesma medida, parece-nos ser igualmente desnecessária e supérflua a referência expressa à Diretiva ECN+. Como tal, sugere-se a eliminação desta alteração.

Também a solução que se pretende introduzir na alínea *a*) do n.º 2 do **artigo 17.º** nos parece pouco clara e, nessa medida, tem o potencial de resultar, contrariamente ao previsto na Diretiva ECN+, numa menor proteção da independência da AdC e num aumento de potenciais situações de conflitos de interesse.

Com efeito, vislumbramos esse risco se, através desta norma, se permitir que os membros do Conselho de Administração da AdC têm a possibilidade de intervir em processos relativos à aplicação das regras de concorrência em que tenham estado envolvidos, tanto a título pessoal como no âmbito de relações profissionais mantidas com empresas ou associações de empresas em que tenham trabalhado ou com as quais tenham assumido algum estatuto de colaboração.

Tal risco pode derivar do facto de a norma expressamente condicionar a efetividade do impedimento à circunstância de “*tal [poder] comprometer a sua imparcialidade num*

*dado processo*”, o que é aferido casuisticamente e de forma subjetiva à luz do disposto no n.º 3 desse artigo. Face ao disposto na Diretiva ECN+, e com vista a evitar situações de incerteza neste domínio, parece aconselhável que, em tais situações, a verificação do impedimento seja *objetiva*, isto é, que nesses casos os membros do Conselho de Administração da AdC fiquem automaticamente impedidos de intervir nos processos em causa.

Adicionalmente, a alteração que se pretende operar ao n.º 4 (anterior n.º 2) deste mesmo dispositivo parece, em contracírculo com a Diretiva ECN+, diminuir o escopo da independência da AdC, por potenciar situações que podem suscitar dúvidas sobre eventuais conflitos de interesses dos membros do seu Conselho de Administração.

Com efeito, ainda que durante o período prescrito na norma (dois anos após a cessação de funções) estes não possam intervir, no âmbito de uma atividade profissional, em processos relativos à aplicação do regime jurídico da concorrência com que tenham lidado durante o seu mandato, poderão, ainda assim, estabelecer um vínculo ou relação contratual com as empresas que foram objeto de tais processos. Embora o regime atualmente vigente possa ser considerado mais restritivo das liberdades e direitos fundamentais do que a sugestão que deflui da Proposta, parece-nos que ele acautela melhor os interesses dos próprios envolvidos, sendo que tal restrição é objeto de compensação através da atribuição de uma remuneração que se considerou adequada para o efeito e que até admitiríamos que pudesse fazer sentido alargar para um período de três anos (em vez dos atuais dois).

No que toca ao regime de incompatibilidades e impedimentos aplicável aos demais trabalhadores da Autoridade e aos seus titulares de cargos de direção e equiparados – e reportando-nos, concretamente, à sugestão de redação dos n.os 11 e 12 do **artigo 30.º** – parece-nos que as situações retratadas nestas normas constituem, por si só, causa objetiva para colocar em causa a imparcialidade da pessoa em causa, sem que seja necessário, e menos ainda desejável, entrar em considerações fluidas e subjetivas sobre se essa imparcialidade está comprometida perante um caso concreto.

Por último, parece-nos relevante clarificar, para não deixar margem para quaisquer dúvidas, que a referência proposta no n.º 2 do **artigo 40.º** a “qualquer outra entidade pública” não inclui os tribunais judiciais.

## 7. APRECIAÇÃO DAS ALTERAÇÕES AO CPP

Também as alterações propostas ao CPP nos suscitam alguma reservas.

Desde logo, a redação do n.º 3 do **artigo 280.º** deverá ser clarificada, na medida em que o texto ora proposto pode dar a entender que é o próprio regime jurídico da concorrência que atribui natureza penal a determinadas condutas que constituem infrações ao direito da concorrência.

Por outro lado, não é claro se a alteração em apreço tem apenas aplicação nos casos previstos na redação que se propõe para o artigo 79.º, n.º 3, do regime jurídico da concorrência (abrangendo, assim, apenas as pessoas singulares titulares do órgão de administração da empresa visada ou responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma infração). Tais dúvidas devem ser objeto de clarificação para evitar o surgimento de dúvidas de interpretação.

Acresce ao exposto que a circunstância de se dispensar, no n.º 3 do artigo 280.º do CPP ora proposto, a intervenção do juiz de instrução poderá ser geradora de inconstitucionalidade, pelo facto de poder vir a ser considerado que tal viola o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, na medida em que se subtrai da competência do juiz de instrução a disponibilidade do processo.

O artigo 281.º do CPP foi já declarado inconstitucional em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade (cf. acórdão n.º 7/87 do Tribunal Constitucional) precisamente por preterir a intervenção do juiz de instrução, sendo que a respetiva conformidade com a Constituição apenas foi assegurada quando se inseriu no preceito em causa a necessidade de tal intervenção. Assim, prevendo o preceito que o arquivamento poderá ocorrer sem a concordância do juiz de instrução, existe um risco não negligenciável de o mesmo vir a suscitar dúvidas de constitucionalidade.

Alerta-se também para a possibilidade de virem a ser suscitadas dúvidas relativas à eventual violação do princípio constitucionalmente consagrado do *ne bis in idem*, por se admitir que sejam iniciados, simultaneamente, processo contraordenacional e penal pela mesma conduta. Com efeito, apesar de semelhante norma já existir, por exemplo, no artigo 420.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários, desconhecemos, até à data, que o Tribunal Constitucional se tenha pronunciado sobre o tema.

Adicionalmente, uma vez que o mecanismo do artigo 280.º, n.º 3, do CPP prevê que seja possível o arquivamento do processo nos casos de dispensa de pena previstos na Lei da Concorrência, e dado que tal dispensa de pena apenas está consagrada para os casos em que o visado apresente um pedido de clemência e coopere durante todo o processo, o mecanismo em causa pode ser qualificado como uma espécie de *colaboração premiada*, suscitando os problemas que se aplicam a essa figura, nomeadamente, o da violação do princípio da presunção de inocência e das garantias de defesa.

Embora tais críticas se possam esbater caso no futuro seja efetivamente implementado na ordem jurídica um regime de colaboração premiada, como vem sendo discutido, não deixa de se enfatizar que o preceito poderá ainda assim ser alvo de críticas por estar em causa um caso de “*justiça negociada*” aplicável no plano penal – onde os referidos direitos constitucionalmente consagrados são mais veementes – e já não apenas no plano contraordenacional.

Por último, a remissão para o n.º 2 do artigo 279.º, contida no n.º 4 do artigo 280.º, aparenta estar incorreta, devendo antes remeter-se, parece-nos, para o n.º 1 daquele preceito.

## 8. NOTA FINAL

Uma derradeira referência para registar o que nos parece ser uma exigência fundamental do diploma que venha futuramente a proceder à transposição da Diretiva ECN+.

Atendendo às profundas alterações que, nessa sequência, se avizinham no articulado da Lei da Concorrência e à necessidade de acautelar a certeza e segurança jurídica dos agentes económicos, cremos imprescindível que o futuro diploma de transposição contenha regras claras sobre a sua aplicação no tempo. Muito concretamente, julgamos que as novas regras só se poderão aplicar a processos abertos após a entrada em vigor do diploma de transposição.

\*\*\*

*Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*

*Sociedade de Advogados, SP, RL*