



## Observações do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

### em sede da Consulta Pública sobre a Proposta de anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE (Diretiva ECN+)

#### 1. Notas prévias sobre a proposta de transposição da Diretiva ECN+

A Diretiva 2019/1/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros a competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (“Diretiva ECN+”)<sup>1</sup>. O prazo de transposição da mesma para a ordem jurídica interna termina em 4 de fevereiro de 2021<sup>2</sup>.

A Autoridade da Concorrência (“AdC”) lançou uma consulta pública para a apresentação Observações sobre o anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva cujo prazo termina a 26 de dezembro de 2019<sup>3</sup>. Para além da publicação de uma Exposição de Motivos, a AdC propõe alterações (i) ao Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)<sup>4</sup>, (ii) aos seus Estatutos<sup>5</sup>, (iii) ao Código dos Contratos Públicos, (iv) ao Código de Processo Penal e (v) à Lei do Enquadramento Orçamental.

A Ordem dos Advogados é uma pessoa coletiva de direito público que, no exercício dos seus poderes públicos, desempenha as suas funções de forma independente dos órgãos do Estado, sendo livre e autónoma na sua atividade<sup>6</sup>. De entre as suas atribuições incluem-se a defesa “do Estado de Direito e [d]os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”, bem como o seu contributo para “o desenvolvimento da cultura jurídica e aperfeiçoamento da elaboração do Direito”<sup>7</sup>.

É neste contexto que a Ordem dos Advogados, através do seu Conselho Geral<sup>8</sup>, apresenta um conjunto de Observações em sede da consulta pública em apreço, tendo em consideração a relevância e o impacto que a futura transposição da Diretiva ECN+ terá na ordem jurídica interna e que extravasa em muito o domínio específico do Direito da Concorrência.

<sup>1</sup> Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 11/3 e seguintes, de 14.01.2019.

<sup>2</sup> Cfr. o art. 34.º, n.º 1 da Diretiva mencionada acima na nota 1.

<sup>3</sup> Informação disponível em: [http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-p%C3%A3o-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposi%C3%A7%C3%A3o-da-Diretiva-%E2%80%9CECN-%E2%80%9D.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-p%C3%A3o-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposi%C3%A7%C3%A3o-da-Diretiva-%E2%80%9CECN-%E2%80%9D.aspx)

<sup>4</sup> Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, publicada no Diário da República (“DR”) n.º 89/2012, Série I, da mesma data e entretanto já alterada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, publicada no DR n.º 107/2018, Série I, da mesma data (“RJC”).

<sup>5</sup> Cfr. os Estatutos da AdC aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, publicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 157 — 18 de agosto de 2014, págs. 4241 e seguintes.

<sup>6</sup> Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, que aprova o Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”), em conformidade com a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, e revoga a Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, e o Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro.

<sup>7</sup> Art. 3.º do EOA, aprovado pela Lei mencionada na nota 6 acima.

<sup>8</sup> O art. 46.º do EOA, aprovado pela Lei mencionada na nota 6 acima, prevê de entre as competências do Conselho Geral, definir a posição da Ordem dos Advogados perante os órgãos de soberania e a Administração Pública “no que se relacione com a defesa do Estado de direito, dos direitos, liberdades e garantias e com a administração da justiça”.



Compreensivelmente, este contributo – que incide especificamente sobre o texto do RJC – é apresentado sem prejuízo do futuro exercício da atribuição que a Ordem dos Advogados tem enquanto pessoa coletiva de direito público, o qual consiste em ser ouvida na fase posterior do projeto de diploma legislativo, atendendo à relevância do mesmo também para o exercício da advocacia e para o patrocínio judiciário em geral e, querendo, propor as alterações legislativas que se entendam convenientes<sup>9</sup>.

A proposta de anteprojeto de diploma em causa respeita, designadamente, a alterações legislativas respeitantes ao reforço dos poderes de investigação da AdC. De entre estes realçam-se os poderes de inquirição e as diligências de busca e apreensão (incluindo a realização de buscas domiciliárias e buscas em escritórios de Advogados), relativamente aos quais se suscita desde logo, a questão da sujeição das comunicações entre Advogado e Cliente a segredo profissional. Também as modificações com impacto na definição de “informação confidencial” e do âmbito do acesso ao processo em fase de investigação justificam uma pronúncia já nesta fase.

Com efeito, de entre as atribuições da Ordem dos Advogados incluem-se também “Zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de advogado, promovendo [...] o respeito pelos valores e princípios deontológicos [dos advogados]” e “Representar a profissão de advogado e defender os interesses, direitos, prerrogativas e imunidades dos seus membros, denunciando perante as instâncias nacionais e internacionais os atos que atentem contra aqueles”.

O Conselho Geral congratula-se com a circunstância de o Ministério da Economia ter iniciado o processo interno de reflexão sobre a transposição da Diretiva pouco tempo depois de a mesma ter sido publicada, no primeiro trimestre de 2019, e ainda faltar mais de um ano para o termo do prazo de transposição da mesma para a ordem jurídica interna. Com efeito, o âmbito das modificações a introduzir e o seu impacto na ordem jurídica interna obrigam a uma cuidadosa articulação com as disposições constitucionais e legais vigentes.

Congratula-se igualmente o Conselho Geral com a iniciativa da consulta pública lançada pela AdC uma vez que a reflexão a desenvolver fica enriquecida com a auscultação dos interessados (“stakeholders”). Mas a utilidade da mesma aconselha a uma eventual prorrogação do prazo-limite à auscultação e a sua relevância dependerá também do prazo para a tomada em consideração e discussão dos contributos recebidos.

Esclarecida que está a natureza da Ordem dos Advogados e as suas atribuições e qualidade em que se pronuncia no presente documento, justifica-se sumariar os pilares do Estado de Direito democrático e a integração sistemática das regras de Concorrência, como segue.

<sup>9</sup> Cfr. a nota 7 acima.



## 2. O Estado de Direito democrático e as regras de Concorrência

### 2.1. As disposições da Constituição da República Portuguesa

Sob o título “Princípios Fundamentais”, o art. 2.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) estabelece que “*A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado [...] no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes*”. Não é, assim, demais recordar que, nos termos do art. 3.º, nos. 1 e 3 se prevê que o Estado se subordina à Constituição” e que “*A validade das leis e dos demais atos do Estado [...] e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição*”.

Acresce que, nos termos do art. 8.º (com a epígrafe “Direito Internacional”), n.º 4 “*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”. Esta articulação que o legislador constitucional expressamente contemplou é da maior relevância para a transposição da Diretiva ECN+, tanto mais que constitui uma tarefa fundamental do Estado “*Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático*”<sup>10</sup>.

Igualmente relevante é a previsão expressa de que “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”<sup>11</sup>.

Tendo em consideração a natureza contraordenacional dos ilícitos previstos no RJC<sup>12</sup>, que será modificado no contexto da transposição da Diretiva ECN+, recorda-se que “*Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”<sup>13</sup>. Pela sua especial importância para o presente contexto, recordamos a existência de uma disposição constitucional sobre a inviolabilidade do domicílio, do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada”<sup>14</sup>.

Por outro lado, prevê-se expressamente que uma das “incumbências prioritárias do Estado” no âmbito económico e social consiste em “*Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização*

<sup>10</sup> Nos termos do art. 9.º, alínea b) da CRP.

<sup>11</sup> Art. 18.º (“Força jurídica”), n.º 2, constante da Parte I – “Direitos e deveres fundamentais”, Título I – “Princípios gerais” da CRP.

<sup>12</sup> Cfr. a nota 4 acima.

<sup>13</sup> Nos termos do art. 32.º (“Garantias de processo penal”), n.º 10 da CRP.

<sup>14</sup> Nos termos do art. 34.º, n.º 1 da CRP. Acresce que os restantes números da mesma disposição legal preveem o seguinte:

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacentes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”<sup>15</sup>, 14, 1º . 1169-060 Lisboa



*monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”<sup>15</sup>.*

Já o art. 208.º da CRP, com a epígrafe “Patrocínio forense” estabelece que “A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”. Reitera-se, a este propósito, a especificidade da profissão de Advogado e da Ordem dos Advogados enquanto pessoa coletiva de direito público, por referência ao que à luz das regras de Concorrência são as “empresas” e “associações de empresas”.

Por último, são de realçar os “Princípios fundamentais” que regem a Administração Pública<sup>16</sup>, sendo que a mesma “visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Em consonância “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. É o caso das “entidades administrativas independentes”, entre as quais se inclui a AdC.

## 2.2. O Regime Jurídico da Concorrência na União Europeia

Não pretendendo o Conselho Geral resumir as principais características das regras de Concorrência da União Europeia, crê, ainda assim, ser relevante para a compreensão das observações que se apresentam a seguir, realçar um conjunto de especificidades para efeitos da reflexão que está a ser realizada a propósito da transposição da Diretiva ECN+:

- As “regras comuns relativas à concorrência” que são destinadas às empresas, estão previstas nos arts. 101.º a 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) – “Direito Primário”. Mas a execução das mesmas regras consta do Regulamento (UE) 1/2003, do Conselho<sup>17</sup>, o qual prevê a competência das autoridades nacionais de concorrência para a aplicação das referidas disposições do TFUE e a autonomia processual e institucional dos Estados-Membros para organizarem as mesmas competências<sup>18</sup>;
- O ato jurídico da União que foi escolhido para “atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros a competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno” é Diretiva, nos termos e para os efeitos do art. 288.º TFUE. Não apenas se trata de “Direito derivado” como, atentas as características deste tipo de ato, os Estados-membros dispõem de liberdade quanto aos meios a escolher para a prossecução do resultado;
- Os processos sancionatórios perante a Comissão Europeia (“Comissão”) assentam no paradigma da aplicação das regras de concorrência por uma entidade administrativa que acumula as funções de investigação e instrução dos processos e a decisão sobre os mesmos, o que tem sido criticado. Nota-se, a este propósito que, já em 1982, se criou a figura do

<sup>15</sup> Art. 81.º, alínea f), constante da Parte II – Organização Económica, da CRP.

<sup>16</sup> Art. 266.º, nos. 1 e 2 da CRP.

<sup>17</sup> Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado, publicado no Jornal Oficial, Série L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

<sup>18</sup> “Direito da Concorrência” – Miguel Moura e Silva, AAFDLEitora, 2018, pág. 322, 1º. 1169-060 Lisboa



Conselheiro-Auditor com o objetivo de reforçar a imparcialidade e a objetividade na condução dos processos pela Comissão e que posteriormente veio a ser consolidada<sup>19</sup>. Presentemente, existem dois Conselheiros-Auditores e os mesmos reportam diretamente ao Comissário Responsável pela Concorrência, não integrando a Direção-Geral da Concorrência da Comissão (não existe uma “figura” correspondente nos processos junto da AdC);

- As decisões da Comissão são passíveis de impugnação judicial para os Tribunais da União Europeia (Tribunal Geral e Tribunal de Justiça da União Europeia - “TJUE”), os quais têm plena jurisdição;
- As decisões finais da Comissão que constatam uma infração às regras de Concorrência e aplicam sanções, entre as quais se incluem as coimas, são dirigidas somente a “empresas” e não preveem sanções a determinadas pessoas singulares em função dos cargos que ocupam (ao contrário do que sucede no RJC);
- A jurisprudência do TJUE sobre a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes [*legal professional privilege* (segredo profissional) ou ‘LPP’] em sede de diligências de apreensão e busca realizadas pela Comissão à luz das disposições do TFUE e do Regulamento 1/2003 estabelece dois requisitos cumulativos: a inscrição na ordem dos advogados nacional e a sujeição a princípios deontológicos e a “independência do advogado” (no sentido de o mesmo não ter uma dependência económica e existência de laços com a empresa - relação de emprego)<sup>20</sup>; não existe qualquer disposição de Direito da União Europeia que obrigue à transposição deste regime para a ordem jurídica nacional.

### 3. O atual Regime Jurídico da Concorrência (RJC)

O RJC foi adotado no contexto do Programa de Assistência Económica e Financeira (“PAEF”) a Portugal por credores internacionais<sup>21</sup>. Neste enquadramento, em 2011 as autoridades Portuguesas comprometeram-se a: “7.20. Adoptar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência”<sup>22</sup> e, em particular, a “Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da EU, em particular<sup>23</sup>: [...] Simplificar a lei,

<sup>19</sup> Cfr. a decisão do Presidente da Comissão de 13.11.2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 275, págs. 29 e seguintes, de 20.10.2011.

<sup>20</sup> Acórdão do TJUE de 14 de Setembro de 2010, Acórdão AKZO NOBEL, processo C-550/07 P. Cfr. por todos, comentário ao acórdão por Helena Gaspar Martinho, na C&R 4, pág. 255 e seguintes.

<sup>21</sup> Informação disponível em: <https://www.bportugal.pt/list/documentacao-relativa-ao-programa-de-assistencia-economica-e-financeira>.

<sup>22</sup> Este objetivo está presente tanto no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica (dirigido à Comissão pelas autoridades portuguesas), como no *Memorandum Of Economic And Financial Policies* (MEFP) no contexto do auxílio financeiro concedido por parte do Fundo Monetário Internacional.

<sup>23</sup> A redação desta medida no MEFP também refere uma “separação clara entre as disposições processuais do regime jurídico da concorrência daquelas do Processo penal” e uma “harmonização com o enquadramento jurídico da EU”. Cfr. ponto 27 da redação posterior à Primeira “revisão”.



*separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efectiva da Lei da Concorrência”.*

Não obstante, o diploma aprovado pela AR vem contemplar a incontornável – no entender do Conselho Geral – aplicação subsidiária do regime contraordenacional<sup>24</sup> (e, por consequência, do regime processual penal), em consonância com a tradição jurídica e as disposições constitucionais nacionais. Considera, assim, o Conselho Geral, que o significado desta continuidade deve ser realçado e que a mesma deve ser devidamente considerada para efeitos da futura modificação do RJC.

Nesta sede, o Conselho Geral reitera a preocupação já transmitida durante o processo legislativo na AR em 2012 quanto à insuficiência das garantias de defesa no âmbito do exercício dos poderes sancionatórios por infrações de concorrência. Realça-se aliás, que esta preocupação tem sido também refletida na doutrina, por contraponto às salvaguardas que a própria CRP estabelece (inclusive em ilícitos criminais) e ao disposto no Código de Processo Penal desde logo, quanto às buscas domiciliárias.

Acresce que, relativamente aos poderes da AdC de apreensão mensagens de correio eletrónico durante as buscas nas instalações das empresas, em 2012 faltou consagrar uma norma habilitante – a replicar da Lei do Cibercrime? - e que resulta numa limitação do RJC quanto ao âmbito dos poderes da AdC em sede de diligências de investigação<sup>25</sup>. A prever-se esse poder da AdC, importará existir a norma habilitante.

A abrangência dos poderes sancionatórios da AdC à luz do RJC está refletida na possibilidade de realização de buscas domiciliárias. Tanto quanto é do conhecimento do Conselho Geral, na prática a AdC não terá exercido este poder e tal deve ser devidamente considerado, tanto mais que o anteprojeto parece reforçar este poder, não obstante o ilícito decorrente de práticas anticoncorrenciais continuar a consubstanciar uma contraordenação (e não um ilícito criminal).

Ademais, considerando a essencialidade do cumprimento da disposição constitucional respeitante ao Patrocínio Forense e da sua concretização, designadamente, nos arts. 195.º e 196.º do Código de Processo Penal e no art. 92.º do EOA<sup>26</sup>, importa aqui reiterar a importância do respeito pelo princípio da confidencialidade das comunicações entre Advogado e Cliente.

Recorda-se que, ao abrigo da mesma disposição do EOA, “*O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços*” e o segredo profissional “*abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo*”. A violação

<sup>24</sup> Cfr. o art. 13.º, n.º 1 do RJC.

<sup>25</sup> Esta crítica foi expressa pelo Conselho Superior de Magistratura no Parecer emitido em sede de processo legislativo na AR em 2012 (cfr. o ponto 3.6.2.), disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36753>.

<sup>26</sup> Aprovado pela Lei n.º 145/2015, acima mencionada na nota 6.



desse dever de reserva, para além de poder resultar em responsabilidade criminal e civil, também tem consequências no plano estatutário e no plano processual. Nem se alegue que uma interpretação restritiva do segredo profissional do advogado se justificaria para averiguar da eventual prática de ilícitos criminais por parte do próprio mandatário, porque a mesma não se considera compreendida no exercício das funções profissionais de um advogado, para além de violar o cumprimento das normas legais e deontológicas imposto aos advogados no exercício do dever deontológico de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente.

Assim, por um lado, importa assegurar o respeito pela proteção constitucional conferida ao patrocínio forense e, por outro lado, importa não reduzir a sua aplicação prática mediante a criação de uma distinção entre advogados em “prática independente” e dos “advogados de empresa” – a qual, não está refletida nem no Estatuto da Ordem dos Advogados – aprovado por Lei da Assembleia da República (“AR”) -, nem é subscrito pela Ordem dos Advogados<sup>27</sup> nem pelos tribunais Portugueses<sup>28</sup>. Ou seja, na prática, não cabe no âmbito das atribuições e poderes da AdC<sup>29</sup> - que é uma entidade administrativa independente e não um órgão jurisdicional - “arbitrar” situações de dúvida quanto ao alcance do princípio da confidencialidade dos documentos e informação trocados entre Advogados e Clientes. Esta limitação constitucional e legal é tanto mais importante quanto a futura transposição a Diretiva ECN+ resulta num reforço dos já vastos poderes da AdC em sede de poderes sancionatórios.

#### 4. Observações da Ordem dos Advogados à proposta de modificação do RJC

Como referido acima, a Diretiva ECN+ visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros a competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno. A Diretiva reforça os poderes – já significativos – da AdC enquanto entidade administrativa independente, desde logo, quanto aos poderes sancionatórios de infrações às regras de concorrência da União Europeia.

Compreende-se bem e felicita-se a AdC pela apresentação de uma Exposição de Motivos circunstanciada (32 páginas). Com efeito, a dimensão do documento confirma o alcance e complexidade dos temas e das implicações das modificações na legislação Portuguesa.

A título preliminar, realça-se que a AdC propõe que as inovações que resultam da Diretiva sejam estendidas à aplicação das regras de concorrência constantes do RJC (ou seja, das regras nacionais) – o que a Diretiva não estabelece -, para assegurar os princípios da efetividade e da interpretação conforme ao Direito da União Europeia. A este propósito e não pondo em causa a aplicação dos

<sup>27</sup> Cfr., por exemplo, o Parecer do Conselho Geral da OA n.º E-07/07, de 27.07.2007.

<sup>28</sup> Cfr., por exemplo, a sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 16.01.2008, no processo Unilever c. AdC, proc. 572/07.9TYLSB.

<sup>29</sup> Constantes dos Estatutos mencionados na nota 5 acima.



mesmos princípios, considera o Conselho Geral que a sua aplicação terá sempre que ser feita à luz da proteção dos direitos fundamentais (que também faz parte integrante do Direito da UE).

Em Portugal, as infrações às regras de concorrência continuam a consubstanciar contraordenações (ao contrário de outras jurisdições, em que há criminalização de determinadas condutas). Haverá, assim, que ponderar como articular a extensão do âmbito das modificações propostas pela AdC com o cumprimento das disposições constitucionais e legais preexistentes, algumas das quais já foram enunciadas acima. Acresce que, tal como mencionado acima, as regras de concorrência Portuguesas permitem sancionar pessoas físicas e estas últimas podem ser responsabilizadas por infrações de concorrência e sujeitas a sanções de vária ordem.

As modificações constantes do anteprojeto que são mencionadas abaixo não esgotam aquelas que mereceriam ser realçadas mas, ainda assim, pela relevância que têm e por merecerem uma ponderação aprofundada, desde logo, à luz dos preceitos constitucionais e processuais penais nacionais antes enunciados, são identificadas:

*(a) Disposições substantivas*

- Reforço dos (já significativos) poderes sancionatórios da AdC, o qual resulta em particular:
  - âmbito mais abrangente das informações que as empresas estão obrigadas a prestar à AdC no âmbito dos poderes de inquirição desta entidade (e que, no limite, pode consubstanciar uma violação do princípio da não autoincriminação);
  - alargamento do conteúdo que pode ser objeto das buscas e apreensões.
- Conceito de “unidade económica” – Passa a permitir a imputação às sociedades-mãe da responsabilidade por violação de regras de concorrência por parte das subsidiárias (e filiais?), ao adotar para esse efeito o conceito de “empresa” da jurisprudência europeia - ou seja, o de grupo económico - e que tem um impacto significativo na aparente falta de distinção entre os momentos da “imputação” das condutas e da responsabilização pelas mesma com várias consequências significativas, a saber:
  - Tomada em consideração como circunstância agravante, a “reincidência da empresa” com base na atuação de sociedades pertencentes ao grupo económico em causa sem nexo com a imputação da conduta em apreço; e,
  - A tomada em consideração do grupo económico e do volume de negócios mundial no cálculo das coimas por práticas anticoncorrenciais, mesmo em situações puramente domésticas;
  - Aplicação das sanções acessórias, como é o caso da proibição de participação em concursos públicos, ao grupo económico;
- Sanção, como contraordenação, da prestação de informações falsas ou incompletas, bem como



## (b) Disposições processuais

- O – pelo menos, aparente – menor ónus da prova da justificação de decisões da AdC por exemplo, quanto à recusa de prorrogação de prazos fixados no RJC ou por decisão da mesma e quanto à realização de diligências de busca e apreensão, não obstante os poderes da AdC para as mesmas terem sido reforçados;
- A suspensão do prazo de prescrição, ainda que prevista na Diretiva – e já quanto à mesma é contestável -, é também estendida às situações em que se aplicam as disposições somente do RJC. Na prática, tendo em consideração a morosidade dos processos judiciais e mesmo os prazos médios dos procedimentos sancionatórios pela AdC, há um retrocesso na certeza e segurança jurídica que é injustificado.

Acresce que, por outro lado se impõe “equilibrar o sistema”, atendendo a que a Diretiva visa o reforço – em vários casos, significativo – dos poderes de investigação de uma entidade administrativa independente relativamente a práticas de natureza contraordenacional e que, para além disso, a AdC propõe a sua extensão às situações de aplicação especificamente das regras do RJC.

Assim, tem toda a acuidade ponderar sobre o acréscimo de responsabilização da AdC no exercício dos seus poderes (*accountability*) e a consolidação da proteção das garantias das empresas envolvidas. Tal poderá traduzir-se, designadamente,

- na criação da figura de um Conselheiro-Auditor à semelhança do que sucede na Comissão Europeia,
- no estabelecimento de prazos máximos para as fases de inquérito e instrução dos processos pela AdC, e
- num alargamento do âmbito do controlo judicial efetivo – por um lado, quanto ao conjunto dos atos da AdC que seriam passíveis de recurso (por exemplo, quanto ao arquivamento de denúncias) e, por outro, quanto ao próprio âmbito do recurso.

Na medida em que a mesma resulta num claro reforço dos poderes da AdC e implica a modificação dos seus Estatutos e do RJC, o Conselho Geral reitera a conveniência em que após a consulta pública haja uma discussão e reflexão sobre os contributos apresentados que seja externa à AdC.

Por último, tendo em consideração a importância dos princípios da segurança jurídica e da previsibilidade, permite-se o Conselho Geral sugerir que, se o Governo considerar submeter à AR uma proposta de modificação do atual RJC no curto prazo e com um âmbito que extravase a transposição da Diretiva, o faça em simultâneo com a transposição da mesma diretiva. Com efeito, o atual RJC tem pouco mais de 7 anos, já foi modificado pela Lei n.º 23/2018<sup>30</sup> e o prazo de transposição da Diretiva termina em 4 de Fevereiro de 2021.

<sup>30</sup> A Lei n.º 23/2018 consagra o direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Está publicada no DR 107/2018, Série I, de 15 de Junho de 2018, Lisboa.



- **Efeito suspensivo dos recursos das decisões que apliquem coimas e medidas estruturais**

A redação proposta para o artigo 84.º, n.º 4, do NRJC reserva o efeito meramente devolutivo para os recursos das decisões interlocutórias da AdC, passando a prever que as “decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, bem como a decisões que imponham medidas de carácter estrutural” será atribuído efeito suspensivo das mesmas, em caso de recurso que as tenha por objeto.

Esta medida – na parte em que se reporta a decisões de aplicação de coimas e de outras sanções e a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural – é de saudar, na medida em que a redação de tal preceito legal atualmente em vigor dificilmente se compagina com o direito à presunção de inocência que não pode deixar de valer no domínio dos ilícitos contraordenacionais que vise sancionar práticas anticoncorrenciais.

Já no que diz respeito à regra do efeito meramente devolutivo dos recursos que tenham por objeto decisões interlocutórias da AdC, é de sublinhar que, nalguns casos – conforme sucede com as decisões da AdC que indefiram a classificação de determinados factos ou documentos como confidenciais – mesmo tratando-se de decisões interlocutórias, a atribuição, por força da lei, de efeito meramente devolutivo pode resultar na inutilidade superveniente do recurso, e na violação prática do direito ao mesmo, na medida em que os factos ou documentos, uma vez passíveis de conhecimento público, não podem voltar a ser sujeitos a confidencialidade.

Há, de resto, neste domínio, algumas decisões dos Tribunais, que, com vista a acautelar o direito ao recurso quando estejam em causa questões de confidencialidade invocadas pelos visados e indeferidas pela AdC, que têm vindo a aplicar efeito suspensivo a tais recursos.

Com a atual redação, continua a existir fundamento legal – se bem que não constitucional – para que a invalidação prática do direito ao recurso quando estejam em causa pedidos de confidencialidade indeferidos pela AdC, que importaria acautelar, desta forma consagrando uma solução legal que já tem vindo a ser seguida pelos Tribunais, mas que tem contado com a oposição da AdC.

- **Aplicação de juros em caso de confirmação da decisão condenatória da AdC pelos Tribunais**

A redação proposta para o artigo 88.º, n.º 2, do NRJC não pode merecer a concordância do Conselho Geral. Aí se prevê que: “[o]montante da coima fixado a final pelo Tribunal será atualizado mediante a aplicação de taxa equivalente aos juros legais, calculados desde 30 úteis dias após notificação da decisão sancionatória da AdC e até efetivo pagamento.” Está em causa a aplicação de juros – na maior parte das vezes à taxa legal prevista para os juros comerciais – quando o Tribunal confirme a decisão da AdC no sentido de aplicar coima ou outra sanção, os quais se contabilizam a partir de 30 dias após a notificação a decisão condenatória (ainda não sindicada judicialmente) da AdC.



Esta solução legal permite elevar significativamente coimas já bastante elevadas (que, normalmente, correspondem a 10% do volume de negócios da empresa no ano da infração), constituindo um mecanismo de dissuasão do recurso aos Tribunais, ao que acresce a violação do princípio da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da decisão condenatória, que também vale no domínio do processo por contraordenação ao direito da concorrência.

Nesse sentido, o Conselho Geral não concorda com a introdução de tal solução legal.

- **Prazo para a interposição de recurso de decisões interlocutórias da AdC**

No artigo 85.º, n.º 1, do NRJC, a AdC pretende introduzir a regra segundo a qual o prazo para a interposição de recurso de decisões interlocutórias da AdC é de 20 dias úteis, não prorrogável. Por um lado, importa notar que este esclarecimento é da maior relevância, na medida em que introduz certeza jurídica num aspeto que não era objeto de regulação expressa, sendo, todavia, de lamentar que a prorrogação do prazo esteja, à partida, excluída, sobretudo quando esses recursos não devem ter, a partida, efeito suspensivo da decisão (sem prejuízo do que acima referimos relativamente aos recursos que tenham por objeto decisões interlocutórias da AdC que indefiram pedidos de confidencialidade). O mesmo raciocínio deve valer para o recurso de decisões finais, não se compreendendo, também aqui, as razões pelas quais não pode haver prorrogações de prazo.

Tendo em conta que os processos investigatórios e de instrução na AdC duram bastante mais que 20 ou 30 dias, não se comprehende a impossibilidade de prorrogação de prazos para impugnação judicial de decisões da AdC, sobretudo tendo em linha de conta a complexidade e a extensão de muitos dos processos que são da sua competência e aquela que tem vindo – em função dessas circunstâncias – a ser a prática da AdC, onde sistematicamente ocorrem tais prorrogações, sobretudo no domínio das impugnações judiciais de decisões finais condenatórias.

Se bem que, de acordo com a exposição de motivos, a AdC pretenda facilitar a consulta dos autos, infletindo aquela que tem vindo a ser a sua prática e que tem consistido na consulta do processo, em suporte digital, por advogados ou assessores económicos, na sede da AdC, ainda assim, podem, em função da extensão e da complexidade concreta dos processos por infrações jusconcorrenciais, justificar-se decisões de prorrogação dos prazos de interposição de recurso.

- **Decisão por despacho – como regra – em caso de recurso de decisões interlocutórias**

Outro aspeto de alteração ao NRJC com o qual o Conselho Geral não pode estar de acordo prende-se com a regra, prevista introduzir no artigo 85.º, n.º 4, do NRJC, nos termos da qual, no domínio dos recursos de decisões interlocutórias da AdC, “[o] tribunal decide por despacho, sem audiência de julgamento, excetuando os casos em que o tribunal conclua pela necessidade de produção de prova adicional.”



Esta solução legal aparta a tramitação dos recursos de decisões interlocutórias da AdC do regime geral atualmente previsto no artigo 84.º, do NRJC, pretendendo encurtar o respetivo procedimento judicial, passando a prever, como regra, a decisão por mero despacho.

Tal solução solucao legal não se justifica, atendendo à sindicância – que cabe aos Tribunais fazer – acerca dos meios de prova de que o recorrente pretende socorrer-se, pelo que, se a preocupação da AdC é a realização de atos processuais inúteis, a mesma não tem razão de ser.

Nesse sentido, o abandono da regra segundo a qual o recorrente pode, qualquer que seja o objeto do recurso, opor-se a que o Tribunal – ainda quando este entenda estar em condições de conhecer de um recurso, em processo contraordenacional, por mero despacho – decida sem julgamento (ou, sequer, sem alegações que, muitas vezes permitem responder às questões suscitadas pela AdC nas suas respostas aos recursos) traduz uma violação do direito à tutela jurisdicional efetiva e, por tal razão, não pode ser aceite pelo Conselho Geral.

- **Novo prazo de interposição de recurso para o Tribunal de segunda instância**

No que diz respeito ao novo prazo para a interposição de recurso para o Tribunal de segunda instância, é de saudar o alargamento do prazo – previsto no artigo 89.º, n.º 3 – para 30 dias.

Contudo, o Conselho Geral não pode concordar com a aplicação da regra da improrrogabilidade de tal prazo, que decorre da proposta de redação do novo artigo 89.º, n.º 6, pelas razões já apontadas anteriormente.

- **Incidentes, arguições de nulidade e requerimentos no âmbito de diligências de busca e apreensão**

De acordo com a proposta de redação do artigo 86.º-A, n.º 2, do NRJC, “[n]o âmbito de diligências de busca e apreensão, todos os incidentes, arguições de nulidade e requerimentos devem ser dirigidos à entidade que praticou o respetivo ato, até ao encerramento das referidas diligências.”

O Conselho Geral não concorda com tal solução legal, porquanto a mesma visa afastar as regras que têm vigorado até agora, relativamente ao prazo para suscitar incidentes, nulidades e irregularidades que ocorram no decurso de diligências de busca e apreensão e que tem passado, designadamente, pela aplicação do disposto nos artigos 119.º e 120.º, do Código de Processo Penal.

Tal solução legal inviabiliza a defesa ponderada contra atuações da AdC no contexto de diligências de busca e de apreensão, colocando um pesadíssimo ónus sobre os visados, que têm de acompanhar as diligências – muitas vezes não estando assistidos de advogados – e, no mesmo ato, suscitar qualquer incidente (designadamente, a invocação de segredo profissional de advogado, no âmbito de apreensão de documentos), irregularidade ou nulidade.



Note-se que, de acordo com a redação proposta para o artigo 86.º-A, n.º 1, do NRJC, a preclusão de invocação de incidentes, irregularidades e nulidades estende-se, inclusivamente, a eventuais irregularidades e nulidades constantes do mandado emitido pela autoridade judiciária.

Trata-se de solução que, a bem da celeridade, sacrifica o exercício ponderado do direito de defesa no âmbito de diligências de busca e de apreensão e com a qual, por essa razão, o Conselho Geral não pode concordar.

- **Do direito ao recurso, por parte da AdC, de decisões da autoridade judiciária que recusem autorização para que a mesma proceda a diligências de prova**

De acordo com a redação proposta para o novo artigo 86.º-A, n.º 2, do NRJC, “[a]s decisões da AdC e do Ministério Público são suscetíveis de impugnação para o juiz de instrução e das decisões do juiz de instrução cabe recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância.”

Tal solução é inédita no nosso ordenamento jurídico, na parte em que prevê a recorribilidade (por iniciativa da AdC) de despachos do Ministério Público que recusem a autorização de diligências de prova. Mais inédita é ao atribuir ao juiz de instrução criminal – cuja função é a de, na fase de inquérito, praticar todos os atos processuais que contendam com direitos, liberdades e garantias que não possam ser praticados pelo Ministério Público – a função de instância recursiva de atos do Ministério Público.

No que tange ao recurso de decisões da AdC, em matéria de diligências de prova, a solução é desnecessária, porque o regime das decisões interlocutórias já estabelece um Tribunal (o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão) como competente para, em primeira instância, conhecer de tais questões.

Nesse sentido, a intencionalidade da redação proposta para o novo artigo 86.º-A, n.º 2, do NRJC é clara: alargar a sindicância jurisdicional de decisões proferidas pelo Ministério Público que recusem a autorização para levar a cabo determinadas diligências de prova, quando, no atual modelo processual penal tais decisões são, por natureza, irrecorríveis.

Uma tal alteração introduziria uma solução inédita no nosso ordenamento jurídico, através da atribuição exclusiva à AdC do poder de fazer sindicar judicialmente decisões desfavoráveis do Ministério Público, em matéria de diligências de prova, o que, em nosso entender, não deveria vir a ser consagrado, já que se trata não apenas de questão que merece aprofundamento, em termos gerais (a questão de saber se deve prever-se a recorribilidade de atos do Ministério Público) mas de solução que atribui ao juiz de instrução criminal uma função que não lhe cabe no atual quadro constitucional (designadamente, no disposto no artigo 32.º, n.º 4, da CRP).

- **Segredo profissional do advogado de empresa**

Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa

T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 24 03

E-mail: cons.geral@cg.oa.pt

[www.oa.pt](http://www.oa.pt)

13



Não pode a Ordem dos Advogados deixar, desde logo, de apresentar o seu veemente protesto e a sua total oposição à proposta de alteração do artigo 20.º, do NRJC, com a introdução de um novo n.º 6 com o seguinte teor: “[o]s contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não são abrangidos pelo segredo profissional referido no número anterior.”

Esta disposição é atentatório do Estado de Direito, sendo de lamentar que, em pleno século XXI, o Estado ou algumas entidades públicas queiram ver na Advocacia algum tipo de inimigo ou entrave à realização da Justiça.

A profissão de Advogado é uma atividade essencial para o interesse público e para a realização do Estado de Direito, com expressa previsão constitucional. Os artigos 20.º, nº 2, e 208.º da CRP atribuem o direito de qualquer pessoa fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade e asseguram aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato, catalogando o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça. No dever de sigilo dos Advogados “está em causa o direito fundamental e constitucional de acesso ao direito (artigo 20.º da CRP) que implica, entre outras coisas, o correspondente patrocínio judiciário, com a particular relação de confiança entre o advogado e o seu cliente, a defesa de dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes. Acresce ainda que a plenitude de um Estado de Direito Democrático (artigo 2.º da CRP), não só exige um poder judicial independente, como tem subjacente o exercício de uma advocacia livre e responsável, sendo ambas a cara e a coroa da mesma moeda, que é o exercício dos direitos de cidadania (...)<sup>31</sup>.

É uma profissão regulada através de uma associação pública profissional, a Ordem dos Advogados, recaindo sobre os Advogados especiais deveres, do mesmo modo que estão previstas especiais prerrogativas e garantias no exercício da atividade. Veja-se, a este respeito, o previsto na Lei da Organização do Sistema Judiciário, no artigo 12.º, sob a epígrafe “Advogados”, no artigo 13.º, sob a epígrafe “Imunidade do mandato conferido a advogados” e no artigo 14.º, sob a epígrafe “Ordem dos Advogados”.

Ora, a distinção que, no anteprojeto, se pretende fazer acerca do Advogado profissional liberal ou prestador de serviços e o Advogado trabalhador de uma empresa, o denominado “Advogado de Empresa”, carece totalmente de sentido, não respeitando sequer a unidade do nosso sistema jurídico.

Recorde-se que o artigo 73.º do EOA, a respeito do exercício da atividade em regime de subordinação, dispõe que (nº 2) “*são nulas as cláusulas de contrato celebrado com advogado que violem*” os princípios deontológicos; estabelecendo ainda que (nº 3) “[s]ão igualmente nulas quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a isenção e independência do advogado ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão”.

<sup>31</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.10.2011, Proe: 3559/05.2TAVNG.P1  
T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 24 03



Verifica-se, portanto, que o legislador pretendeu que ao Advogado em regime de subordinação fossem assegurados todos os instrumentos, garantias, deveres e prerrogativas que são assegurados ao Advogado profissional liberal. Neste quadro, insere-se necessariamente o dever de segredo profissional: *“O Advogado vinculado por contrato de trabalho não pode ter uma dupla veste, com deontologias diferentes, e antes deve opor-se tenazmente à aparente «vantagem» que daí lhe adviesse, e que, de facto, mais não seria do que uma capitilis diminutio à sua inteireza profissional. Se é certo que a sua relação laboral, no dizer do EOA, «não pode afectar a sua plena isenção e independência técnica perante a entidade patronal, nem violar o presente Estatuto, não tem o direito nem se lhe pode exigir que tenha o dever de ter um regime diferente em matéria tão transcendente como a do segredo profissional”*<sup>32</sup>.

Estando este quadro de atuação e de equiparação previsto numa Lei da República (nunca é demais recordar que o EOA resulta da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro), é inaceitável que outra Lei venha fazer qualquer tipo de distinção entre o Advogado profissional liberal e o Advogado trabalhador de uma empresa.

Aliás, no Direito Penal, onde os bens jurídicos a proteger são mais essenciais à comunidade do que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Contraordenacional, nunca o legislador, por razões óbvias, teve a veleidade de propor algo semelhante.

Deste modo, espera a Ordem dos Advogados que a alteração agora proposta não passe de um lapso e de um excesso de zelo burocrata, certamente esquecido de que a Advocacia é essencial a qualquer Estado de Direito. O Advogado e o dever segredo profissional são incindíveis, qualquer que seja a forma de atuação. Um Advogado cuja atividade não esteja subordinada ao dever do segredo profissional nunca será um Advogado, mas um mero jurista.

- **Reabertura do inquérito e suspensão provisória do processo, em caso de dispensa de pena**

A proposta de redação dos artigos 279.º e 280.º, do Código de Processo Penal encerra soluções com as quais o Conselho Geral não pode concordar.

Pretende a AdC que tais disposições legais passem a ter a seguinte redação:

“Artigo 279.º

Reabertura do inquérito

<sup>32</sup> LOPES CARDOSO, Augusto, Do Segredo Profissional da Advocacia, pág. 45, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, Viseu, 1998.



1 — Esgotado o prazo a que se refere o artigo anterior, o inquérito só pode ser reaberto se surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados pelo Ministério Público no despacho de arquivamento ou nas situações previstas no n.º 4 do artigo 280.º.

2 — Do despacho do Ministério Público que deferir ou recusar a reabertura do inquérito há reclamação para o superior hierárquico imediato.

#### Artigo 280.º

##### Arquivamento em caso de dispensa da pena

1 — [...] 2 — [...] 3 — Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista no Regime Jurídico da Concorrência a dispensa da pena, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido, e sem necessidade de concordância do juiz de instrução, determina o arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa.

4 — Caso o Ministério Público, após o arquivamento do processo, conclua pelo incumprimento dos pressupostos da dispensa prevista no número anterior, procede à respetiva reabertura nos termos do n.º 2 do artigo 279.º.”

As alterações preconizadas pela AdC ao Código de Processo Penal redundam numa alteração profunda às regras de reabertura do inquérito e do arquivamento em caso de dispensa de pena, de onde avultam, no segundo caso, a supressão da intervenção do juiz de instrução criminal – inédita em mecanismos de diversão processual e, em nosso entender, atentatória do controlo de legalidade de tal solução processual – do mesmo passo que pretendem uma possibilidade de “correção” da decisão de arquivamento em caso de dispensa de pena que, por ficar inteiramente na dependência do Ministério Público, fica arredada da sindicância, por via recursiva direta.

Quer a supressão do controlo de legalidade, por parte do juiz de instrução criminal, quer a – por tal supressão propiciada – possibilidade de arquivamento em caso de dispensa de pena e a sua revogação (conduzindo, dessa forma, à reabertura do inquérito, nos termos da redação proposta para o artigo 279.º, n.º 2, do Código de Processo Penal) resultam na supressão, para o visado/arguido de via recursiva direta, razão pela qual se entende que existe, nas soluções preconizadas, violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, razão pela qual tal solução não deverá ser acolhida na redação final do NRJC.



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, 23 de dezembro de 2019.

O Bastonário

Guilherme Figueiredo