

DIRECTIVA ECN+ E A NOVA ERA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Desafios e limites

*Por Miguel Gorjão-Henriques
e Alberto Saavedra⁽¹⁾*

«Procedural fairness has been a hot topic within the competition law community for some time. However, a series of bad behaviours by competition authorities worldwide have made procedural fairness more important as a global issue»

D. DANIEL SOKOL, «Editorial»,
Journal of European competition Law & Practice, 2019, Vol. 10, n. 4, p. 197

1. Os próximos tempos prometem ser significativos para a reforma do direito da concorrência português. Na continuação da linha de uma reforma por década da legislação da concorrência nacional — com os seus marcos principais em 1972, 1983, 1993, 2003 e 2012 —, 2021 é o ano em que tem de ser transposta para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva (UE) 2019/1⁽²⁾ que visa reforçar a eficácia do chamado *public enforcement* ou *aplicação pública* do direito da concorrência pelas autoridades

(1) MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES é Doutor em Direito e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra, além de advogado, sócio da Sérvulo & Associados. ALBERTO SAAVEDRA tem um LL.M em direito da Concorrência e da União Europeia e é advogado na Sérvulo & Associados. As opiniões são estritamente pessoais. Os autores não escrevem segundo o novo Acordo Ortográfico mas respeitam a ortografia adoptada por instituições ou particulares.

(2) Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.12.2018 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 (JO, L 11, de 14.1.2019, pp. 3-33). A Directiva é comumente apelidada de “Directiva ECN+” por as autoridades da concorrência dos Estados membros fazerem parte da *European Competition Network* (ECN).

nacionais da concorrência⁽³⁾. Trata-se de mais um passo, complementar à reforma da *aplicação privada* do direito da concorrência (conhecido pelo anglicismo *private enforcement*), com a Diretiva (UE) 2014/104, transposta pela Lei n.º 23/2018^(4/5). Ao contrário desta, contudo, a transposição da Diretiva (UE) 2019/1, a seguir-se o modelo preconizado pelo Anteprojecto da Autoridade da Concorrência (AdC), vai implicar uma revisão profunda da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprovou o Regime Jurídico da Concorrência (RJC), pois tornou-se pretexto para uma reforma global que excede em muito o objecto a que tendia e as restrições constitucionais a que deveria estar sujeita.

2. As palavras que se seguem não cobrem muitos e diversos aspectos da Directiva ou das suas implicações no direito e política da concorrência, nem outros aspectos mais relacionados com a dogmática do direito da União Europeia. Seria impossível, no espaço limitado disponível, e dada a complexidade de muitas questões que aqui se suscitam.

3. A Diretiva (UE) 2019/1 é adoptada ao abrigo de uma dupla base jurídica (arts. 103.º e 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, TFUE), que combina processo legislativo ordinário (114.º) com actos não legislativos (103.º) e num domínio no qual, curiosamente, o tratado de Lisboa introduziu — na linha da defunta Constituição de 2004 — uma “competência exclusiva” da União [art. 3.º, n.º 1, alínea *b*)]. Apresenta-se, no entanto, como acto legislativo — o que significa, desde logo, uma limitação à sua impugnabilidade por particulares *ex vi* do art. 263.º TFUE.

⁽³⁾ As expressões anglo-saxónicas normalmente utilizadas de “*public enforcement*” e de “*private enforcement*” podem traduzir-se, respectivamente, por “aplicação por iniciativa de entidades públicas e aplicação no âmbito de litigância privada” (assim, JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA, “Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência — A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária”, in *Revista de Concorrência e Regulação (RCR)*, Ano 5, n.º 19, 2014, p. 61).

⁽⁴⁾ Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.11.2014, 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 — JO, L 349, 5.12.2014, pp. 1-19.

⁽⁵⁾ O número 26 da *RCR* contém um dossier especial sobre o processo de transposição da Diretiva 2014/104/UE (Ano 7, 2016), na qual os signatários e a Sêrvulo & Associados participaram (<http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta_Publica_PrivateEnforcement.aspx?lst=1&Cat=2016>).

4. Foquemo-nos aqui em algumas **vertentes da sua dimensão jus-concorrencial** e numa sua apresentação singela. A directiva afirma ter uma dupla finalidade: (i) atribuir às autoridades da concorrência dos Estados membros (adiante, ANC) competência para uma aplicação mais eficaz das normas de concorrência da União Europeia (em particular, dos arts. 101.º e 102.º do TFUE; e, assim, (ii) garantir o bom funcionamento do mercado interno. Ela foca-se em proporcionar às autoridades de concorrência “*garantias de independência, (...) meios e (...) competências de execução e de aplicação de coimas necessários à aplicação eficaz dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, de modo a que a concorrência no mercado interno não seja falseada e a que os consumidores e as empresas não sejam prejudicados por leis e medidas nacionais que impeçam as autoridades nacionais da concorrência de aplicarem as regras de forma eficaz*”⁽⁶⁾.

Não é estranho este impulso da União. Por um lado, o princípio da autonomia processual dos Estados membros tem sofrido uma significativa erosão e há uma tensão centrípeta da União, tendente a estender o *level playing field* substancial a um domínio também processual e procedimental, numa lógica natural da crescente integração entre as ordens jurídicas, que procura sempre novos objectivos e velhas justificações. Por outro lado, a harmonização é o resultado do modelo descentralizado resultante do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁽⁷⁾, em que 85% dos casos são decididos pelas autoridades nacionais. A isto a Comissão Europeia adita um argumento quantitativo, aliás de difícil substanciação: os danos decorrentes de cartéis não detectados ascenderia a um valor, astronómico, entre 181 e 320 mil milhões de euros, o equivalente a 3% do PIB da UE⁽⁸⁾. É neste contexto de aplicação descentralizada das normas da União que, nos documentos preparatórios⁽⁹⁾, tinham sido já identificados diversos factores que reduziam a efectividade das ANC, a saber:

- a) Ausência de poderes efectivos para aplicação de coimas dissuasivas;

(6) Art. 1.º, n.º 1 da Directiva (UE) 2019/1.

(7) Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. [101.º] e [102.º] do Tratado — JO, L 1, de 4.1.2003, p. 1.

(8) *Impact Assessment — Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market* SWD(2017) 114, p. 9, disponível em <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/impact_assessment_report_en.pdf>.

(9) Ver “*Summary report of the replies to the Commission’s Public Consultation on Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*”, disponível em <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/Summary_report_of_replies.pdf>.

- b) Divergências nos programas de clemência dos Estados membros, que desencorajaria a sua utilização por empresas infractoras; e
- c) Falta de salvaguardas que assegurassem que as ANC pudessem agir independentemente e tivessem os necessários recursos para fazer o *enforcement* das regras de direito da concorrência.

5. É neste e este o contexto em que a proposta surge e a Directiva nasce. É impossível sintetizar os seus propósitos, impacto e conteúdo. A tarefa tornar-se-ia, aliás, inviável, se não se analisar a directiva, tendo presente o princípio da atribuição (art. 5.º TUE), os limites que a própria Constituição assina à integração europeia de Portugal (expressa no n.º 4 do art. 8.º da Constituição) e o âmbito objectivo e material das suas disposições normativas, expostas em 37 preceitos legais, em vez dos prolixos 77 parágrafos dos considerandos, não vinculativos.

As suas disposições abordam questões tão diversas como (i) a “independência” das ANC (art. 4.º); (ii) os meios ao dispor destas (art. 5.º); (iii) a cooperação administrativa no quadro da UE e, em particular, da ECN (arts. 24.º-29.º e 33.º); (iv) a protecção dos direitos fundamentais (art. 3.º, 29.º, 31.º); (v) a harmonização dos meios de prova admissíveis (art. 32.º); (vi) as competências inspectivas (arts. 6.º-12.º); (vii) as competências sancionatórias (arts. 13.º-16.º); (viii) a harmonização da clemência (arts. 17.º-23.º); ou (ix) a cooperação com os tribunais nacionais (art. 30.º).

Não seria de estranhar que, com tal amplitude de objectivos e importância de soluções, a proposta, a tocar em aspectos muito sensíveis da lei da concorrência e do regime dos ilícitos contra-ordenacionais, a Directiva tivesse sido objecto de uma apreciação cuidada pelos parlamentos nacionais, ao abrigo dos Protocolos anexados aos Tratados e relativos *aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e ao papel dos parlamentos nacionais*. Estranhamente, ou talvez não, a sua passagem pela Assembleia da República não suscitou qualquer debate ou sequer *estado de alma* aos deputados da Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas ou, mais grave ainda, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias⁽¹⁰⁾ ou da Comissão de Assuntos Europeus, que produziu um inenarrável parecer a 6 de Junho de 2017⁽¹¹⁾. Isto é,

⁽¹⁰⁾ À qual nem sequer foi submetida, v. Proposta de Directiva COM(2017) 142, em <<https://www.parlamento.pt/europa/Paginas/DetalleIniciativaEuropeia.aspx?BID=25076>>.

⁽¹¹⁾ Da autoria da S.ª Deputada Isabel Pires, pode ser consultado em <www.parlamento.pt>. Em suma, o parecer limita-se a dizer que a iniciativa da Comissão está “em conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” por os seus objectivos só poderem “ser adequa-

aliás, extremamente bizarro, tanto mais quanto o exercício de atribuições pela União Europeia exclui a “competência” dos Estados membros — seja onde já não existam, como é quanto às competências exclusivas (como é a da alínea *a*) do n.º 1 do art. 3.º do TFUE, relativa ao “*Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”) ou no caso das competências partilhadas [alínea *a*] do n.º 2 do art. 4.º, quanto ao mercado interno], que se tornam exclusivas pelo seu exercício⁽¹²⁾. Aliás, este art. 114.º é uma das bases jurídicas da Diretiva (UE) 2019/1, o que mostra que a União Europeia exerceu a sua atribuição enquanto “competência partilhada”. Ora isto significa que deveria o nosso parlamento, antes do natural — e forçoso, por a Directiva se debruçar sobre matéria de competência legislativa reservada da Assembleia da República — acompanhamento em sede de transposição, determinar se, na verdade, as matérias nela propostas se revelavam compatíveis com o nosso ordenamento jurídico-constitucional⁽¹³⁾. E temos as maiores dúvidas que essa compatibilidade, por mais *amiga* do direito da União que seja a perspectiva do legislador ou do intérprete, se possa afirmar, pelo menos a ser implementada através do projecto em análise.

6. A descrição de uma pretensa ausência de poderes efectivos para aplicação de coimas dissuasivas ao nível da União, é desmentida pelo endurecimento do *enforcement* e do número de casos nos vários Estados membros e, de modo particular, em Portugal. A AdC vem aumentando significativamente — com a actual presidência do seu conselho de administração — o nível de *enforcement*, quer na detecção de alegadas práticas restritivas da concorrência, quer quanto ao nível das coimas, aliás na sequência de possibilidades normativas que a Lei n.º 19/2012 já dava ou que, em qualquer caso, a Autoridade tem entendido que lhe dá, consoante os casos⁽¹⁴⁾.

mente realizados através da adoção de medidas comunitárias” (*sic*), acompanhado de alguns “pontos de preocupação” do relator (e não acompanhados por quaisquer outros membros), apesar de nem sempre claros, nomeadamente quanto à reserva da competência da autorização de buscas aos juizes, ao valor mínimo e máximo das coimas, à promoção da clemência ou sobre a plataforma de partilha de decisões das ANCs no quadro da ECN.

⁽¹²⁾ Sobre o ponto, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Atribuição e Harmonização na União Europeia: o caso dos medicamentos*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 78, 88, 519 e 688, com mais indicações.

⁽¹³⁾ Compete à Assembleia da República “pronunciar-se, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada” [art. 161.º, alínea *n*] da Constituição].

⁽¹⁴⁾ Sobre o desequilíbrio entre a posição da AdC e a das empresas introduzido pela Lei n.º 19/2012 (actual RJC), GONÇALO ANASTÁCIO/ALBERTO SAAVEDRA, “A Nova Lei da Concorrência Portuguesa — Notas Preliminares”, *ROA*, Ano 73, Vol. I, 2013, pp. 328-330.

O efeito de prevenção geral e especial é indiscutível. De 2017 e 2019 a AdC aplicou coimas no valor de €391,07 milhões em 11 decisões condenatórias, realizou diligências de busca e apreensão em 23 processos e adoptou 9 notas de ilicitude⁽¹⁵⁾.

7. Em termos da **entrada em vigor da Directiva (UE) 2019/1 na ordem jurídica** da União, esta ocorreu a 4 de Fevereiro de 2019. Mas a vigência na ordem da UE não se confunde com a sua vigência ou aplicação nos Estados membros: o prazo de transposição termina apenas a 4 de Fevereiro de 2021. E esta circunstância não pode nem deve ser menosprezada. Como se sabe, as directivas só vinculam o Estado “quanto ao resultado a alcançar, deixando (...) às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”⁽¹⁶⁾ para atingir esse resultado. Assim, antes da transposição (e não apenas do termo do “prazo para transposição”) uma directiva não pode criar, por si só, quaisquer obrigações para os particulares/empresas. É esta a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia⁽¹⁷⁾. Já sobre o modo de transposição das directivas pelos Estados membros destinatários, a jurisprudência é também clara: as suas “disposições (...) devem ser aplicadas com carácter obrigatório incontestável, com especificidade, precisão e clareza necessárias, a fim de ser satisfeita a exigência da segurança jurídica”⁽¹⁸⁾.

8. É neste enquadramento que decorreram os **trabalhos preparatórios da transposição da Directiva (UE) 2019/1**. A AdC, apesar do seu estatuto de autoridade administrativa independente, foi nomeada pelo Ministério da Economia e da Transição Digital como “serviço responsável”⁽¹⁹⁾ pela

⁽¹⁵⁾ *Resultados AdC — 2017, 2018, 2019*, disponível em <http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Resultados%20AdC%202017-2019.pdf>.

⁽¹⁶⁾ Ver art. 288.º, § 3, do TFUE.

⁽¹⁷⁾ O Tribunal de Justiça recusa a possibilidade de produção de efeito directo (acórdão *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, de 6.10.1970, proc. C-9/70, EU:C:1970:78, §§ 13 a 15). Com efeito, “a autonomia normativa dos Estados só pode ficar posta em causa se e enquanto, da adopção de tais medidas nacionais, resulte a prática impossibilidade de, no termo do prazo fixado para a sua transposição, se poder realizar resultado definido pela directiva” (MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9.ª ed., 2019, Almedina, p. 267).

⁽¹⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.5.1999, *Comissão c. França*, proc. C-225/97, EU:C:1999:252, § 37.

⁽¹⁹⁾ Curiosa esta designação da AdC como “serviço”, ela que é uma autoridade administrativa independente. Criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro, e hoje regulada pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, a AdC é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira. Esse carácter independente sairá reforçado com a transposição da Directiva em análise (considerandos 3, 5, 8, 10, 17, 18, 22, 25 e 76; e ainda

apresentação da “proposta de transposição da Directiva”⁽²⁰⁾. É um facto ciclicamente recordado em todas as longitudes europeias⁽²¹⁾: a bizarria de ter o “polícia”, o “procurador” e o “juiz” primacial das práticas restritivas da concorrência a “fazer” a lei. Aqui, realce-se que o procedimento teve um nível inusitado de transparência formal que se impõe saudar: a AdC (i) constituiu um grupo de trabalho interno; e (ii) um grupo de trabalho com personalidades externas; (iii) organizou um *workshop* consultivo sobre o tema; (iv) criou na sua página electrónica uma secção dedicada ao tema⁽²²⁾; (v) lançou uma consulta pública sobre o anteprojeto de diploma por si elaborado; e (vi) preparou e divulgou o relatório final e um Anteprojecto final que submeteu ao Governo. Mas isso não impediu alguns *stakeholders* de questionar a bondade da solução: o TCRS exprimiu mesmo formalmente a sua “discordância quanto ao procedimento adotado. Consideramos que a atividade legislante pressupõe equidistância relativamente aos interesses em confronto, o que pode não ser inteiramente conseguido quando a própria Directiva reforça os poderes da entidade que assume o projeto legislativo”⁽²³⁾. De facto, muitas das propostas soluções, além de não resultarem das normas da Directiva nem serem impostas por esta, são marcadamente unilaterais. Como autoridade independente, a AdC deve assumir como seus objectivos, ao lado da eficiência e efectividade da sua acção, a protecção dos direitos fundamentais das empresas e das pessoas singulares ou colectivas objecto de investigações, dimensão fundamental num Estado de Direito democrático⁽²⁴⁾. Mas a leitura

arts. 1.º, n.º 1 e 4.º) e constitui um dos *leitmotiv*. Em termos laterais, é de aplaudir a proposta de eliminação do auto-financiamento da AdC por percentual das coimas que aplique. A perda de receita (40% do valor das coimas) é compensada pelo reforço da taxa — para 6,25% — aplicável ao montante total das receitas próprias das entidades reguladoras sectoriais (art. 35.º, n.º 7, e n.º 3 dos seus Estatutos).

⁽²⁰⁾ Comunicado da AdC “Consulta Pública sobre a proposta de anteprojeto de transposição da Directiva ECN+”, de 25.10.2019.

⁽²¹⁾ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 118-121, em particular na nota 264, então a propósito da Comissão: “a centralização na Comissão dos poderes de legislador, polícia, procurador e juiz coloca largos problemas de legitimidade e de controlo”.

⁽²²⁾ <http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-pública-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposição-da-Directiva-“ECN-”.aspx?lst=1&Cat=2019>.

⁽²³⁾ *Pronúncia dos Juizes do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em relação à Proposta de Anteprojeto de Transposição da Directiva ECN+ Alterações à Lei da Concorrência*, p. 1.

⁽²⁴⁾ No plano europeu, a celeridade e a eficácia não assumem uma posição preponderante quando confrontadas com os direitos fundamentais. Como refere o Tribunal Geral, “as exigências ligadas ao respeito do princípio da presunção de inocência não podem ser alteradas com base em considerações ligadas à preservação dos objetivos de rapidez e de eficácia (...), por mais louváveis que essas exigências sejam” (acórdão de 10.11.2017, *NEX e ICAP c. Comissão Europeia*, proc. T-180/15, EU:T:2017:795, §268).

atenta do Anteprojecto revela que, no que excede a transposição da Diretiva (UE) 2019/1 (mas não só), este não contribui positivamente nem para uma visão mitigada de administração paritária nem para o reconhecimento do princípio da igualdade de armas entre a AdC e as empresas visadas pelas investigações, erigido em princípio fundamental no quadro dos instrumentos de direitos fundamentais entre nós vigentes⁽²⁵⁾. Muitas das alterações propostas visam resolver interpretações controvertidas e consolidar práticas jurisdicionais e administrativas em nome da efectividade. Algumas das soluções, além de maximalistas, não ponderam devidamente os direitos, liberdades e garantias, antes pretendendo *à outrance* “alcançar uma maior eficácia e celeridade na tramitação dos recursos”⁽²⁶⁾ ou ainda “clarificações destinadas a evitar uma litigância excessiva e potencialmente dilatária sobre questões processuais”⁽²⁷⁾. Introduzindo “soluções que, não sendo estritamente indispensáveis para que a transposição seja formalmente cumprida, se considerou serem importantes para que os objetivos da Diretiva sejam implementados com efetividade em Portugal”⁽²⁸⁾.

9. Será o caso? É ponto a apreciar, ainda que sem exaustividade. O RJC já contém inúmeras disposições legais que garantem **propósitos efficientistas na condução do processo**, em termos, aliás, que suscitem justas dúvidas sobre a sua conformidade constitucional, como sejam: (i) a consagração do efeito devolutivo dos recursos contra decisões que apliquem coimas⁽²⁹⁾; (ii) a plena jurisdição do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), a implicar o afastamento da proibição da *reformatio in pejus*⁽³⁰⁾; (iii) a improrrogabilidade do prazo de recurso de decisões condenatórias, fixado em 30 dias úteis⁽³¹⁾ (ao contrário, o RJC não determina prazos peremptórios para o inquérito ou para a instrução)⁽³²⁾; (iv) prazos dilatados de prescrição e de suspensão da prescri-

(25) Para a CEDH, que assegura não só uma igualdade de armas formal, mas também substancial, MARCO CARVALHO GONÇALVES, «42. Direito a um processo equitativo e público», *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, UCP, Lisboa, 2019, pp. 947-948.

(26) AdC, *Exposição de Motivos*, §166.

(27) AdC, *Exposição de Motivos*, §186.

(28) AdC, *Exposição de Motivos*, §5.

(29) Art. 84.º, n.º 4 e n.º 5, do RJC. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 776/2019, de 17.12.2019 (plenário) decidiu não julgar inconstitucional a norma do art. 84.º, n.º 5, do RJC (DR, II, n.º 28/2020, de 10.2.2020).

(30) Art. 88.º, n.º 1 do RJC.

(31) Art. 87.º, n.º 1 do RJC.

(32) Arts. 24.º e 29.º do RJC.

ção⁽³³⁾. Ao que acresce a repetida e implícita ideia de “culpabilizar os queixosos pelo facto de terem tirado partido das vias de recurso à sua disposição no direito interno”, que o TEDH não considera legítima⁽³⁴⁾.

10. A Directiva (UE) 2019/1 só se aplica a infracções aos arts. 101.º (práticas restritivas da concorrência) e 102.º (abusos de posição dominante) do TFUE⁽³⁵⁾. Uma directiva não pode legislar fora das atribuições da União e aplicar-se a práticas que não convoquem a aplicação do direito da UE. O que significa que, quanto às normas nacionais equivalentes (arts. 9.º e 11.º do RJC), a sua aplicabilidade depende da “aplicação paralela no mesmo processo”⁽³⁶⁾ nacional das normas da União⁽³⁷⁾.

O **objectivo de harmonização processual** é expresso na frase segundo a qual, “caso o direito nacional da concorrência e o direito da União sejam aplicados em paralelo, será essencial que as ANC tenham as mesmas garantias de independência, meios e a competência necessária em matéria de execução e aplicação de coimas, por forma a garantir que o resultado obtido não seja diferente”⁽³⁸⁾. Não se percebe, no entanto, porque é que o resultado não poderá ser diferente, pois a factualidade (mormente, a nacional, em condições em que a autoridade nacional é a melhor colocada para o processo ou mesmo a única) pode ser assaz diversa.

11. E o Anteprojecto da AdC “estende o respetivo âmbito de aplicação às infrações puramente domésticas” por razões como a unidade do sistema jurídico, a igualdade de tratamento e a interpretação uniforme entre ambos os ordenamentos jurídicos, a certeza jurídica e, note-se, a redução

⁽³³⁾ Art. 74.º do RJC.

⁽³⁴⁾ Acórdão de 26.6.2018, *Pereira Cruz e outros c. Portugal*, proc. 56396/12 e outros, § 243 (disponível em <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-184454%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-184454%22]%7D)>: «*Quant au comportement des requérants, la Cour constate avec le Gouvernement que ceux-ci ont introduit de nombreux recours et demandes devant les juridictions nationales, ce qui peut effectivement avoir contribué à l’allongement de la procédure, comme la cour d’appel l’a relevé dans son arrêt du 23 février 2012 (paragraphe 108). Néanmoins, la Cour rappelle sur ce point que l’on ne peut pas reprocher aux requérants d’avoir tiré parti des voies de recours que leur ouvrait le droit interne (Habran et Dalem c. Belgique, n.ºs 43000/11 et 49380/11, § 126, 17 janvier 2017)*».

⁽³⁵⁾ Art. 1.º, n.º 2, em articulação com as definições constantes dos n.ºs 1 e 2 do art. 2.º da Directiva 2019/1.

⁽³⁶⁾ Art. 1.º, n.º 2, da Directiva 2019/1.

⁽³⁷⁾ O direito da UE não se aplica a práticas que não sejam susceptíveis de afectar sensivelmente a concorrência no mercado interno. Na hipótese inversa, a aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE tanto é assegurada pela Comissão Europeia como pelas autoridades nacionais da concorrência (ANC) dos Estados membros, nos termos do regime resultante do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

⁽³⁸⁾ Preâmbulo da Directiva 2019/1, §3.

da litigiosidade “em função da geografia”, aliás por uma desconstrução tautológica do critério de atribuição da União⁽³⁹⁾.

Como se poderia demonstrar, as razões não procedem. E nem é preciso constatar, como refere Victor Calvete, a “ingenuidade em jogar *by the book* quando os outros não o fazem”⁽⁴⁰⁾ ou o paroquialismo de manter a velha ideia portuguesa da *carruagem da frente*, impondo às empresas nacionais respostas e obrigações mais draconianas do que aquelas impostas nas outras jurisdições. Mas se tal se fizesse sempre se impor, em qualquer caso, que (i) fosse uma via de dois sentidos; (ii) estritamente respeitadora do nosso enquadramento jurídico-constitucional; e (iii) não implicando uma aplicação abstracta e apriorística das proibições dos arts. 101.º e 102.º TFUE.

12. O Anteprojecto prevê também que o **regime geral das contra-ordenações** (“RGCO”) se passe a aplicar aos processos de práticas restritivas já não subsidiariamente e *qua tale* mas “*com as devidas adaptações*”⁽⁴¹⁾ (art. 13.º, n.º 1, do RJC). Não é este o momento apropriado para se apreciar o nível de indeterminação que uma tal solução impor, em processos contra-ordenacionais⁽⁴²⁾. Importa reter, pelo contrário, que o legislador da União não estava preocupado com quaisquer dificuldades particulares da nossa AdC: o objectivo da directiva era e é de acomodar as diversas tradições e modelos normativos existentes nas agora 27 ordens jurídicas dos Estados membros, de matriz mais administrativa ou acusatória (contra-ordenacional)⁽⁴³⁾. E por isso não implica uma qualquer opção fundamental e inovatória para o legislador português: da Directiva (UE)

⁽³⁹⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §7.

⁽⁴⁰⁾ Como refere este professor, «67% das preocupações jus-concorrenciais da Comissão (medidas pelas sanções pecuniárias) têm a ver com comportamentos de empresas fora da União» e, nos EUA, «o total de sanções pecuniárias pagas (...) por empresas norte-americanas por infracções puramente internas ao Direito *antitrust* foram apenas 2% do total», do que resulta que “as preocupações jus-concorrenciais da *Antitrust Division* incidem, de novo pela métrica das sanções, em 98% sobre empresas não-americanas (e sobre empresas americanas só quando concertadas com empresas estrangeiras) (VICTOR CALVETE, «Regulação da concorrência: *the bigger story*», *Garantias de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, Gomes, Carla Amado, et al. (Coordenadores), AAFDL Editora, 2020, pp. 604-605).

⁽⁴¹⁾ Art. 13.º, n.º 1 do Anteprojecto.

⁽⁴²⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §9. Funda-se no considerando 40 da directiva, segundo o qual “a aplicação de sanções deve ter lugar quer em processos próprios, nomeadamente processos administrativos, quer em processos judiciais de natureza não penal”.

⁽⁴³⁾ Sistemas que repartem as competências entre a autoridade administrativa (responsável pela condução da investigação e acusação) e os tribunais (que condenam e determinam a coima, em processos judiciais de natureza penal ou não penal).

2019/1 não advém uma qualquer necessidade de afastamento da matriz contra-ordenacional dos processos por práticas restritivas da concorrência⁽⁴⁴⁾.

Por outro lado, se é verdade que “o processo sancionatório da concorrência tem particularidades e regras distintas”, aliás “os processos”, a verdade é que essa crescente especialização normativa nos regimes processuais na área da concorrência — e noutras áreas da grande regulação — não prejudica a aplicação subsidiária do regime geral das contra-ordenações. E não se vê como se pode dizer que o RJC é “inclusivamente mais garantístico do que as soluções daquele diploma”⁽⁴⁵⁾.

13. O Anteprojecto prevê ainda que o **RJC seja interpretado de modo conforme ao direito da União Europeia**, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁽⁴⁶⁾; que a sua aplicação não pode tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a eficácia e uniformidade do direito da concorrência da União Europeia⁽⁴⁷⁾; e que deve respeitar os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁽⁴⁸⁾.

Trata-se de proclamações genéricas que, parecendo-o, não são inócuas. Em particular, não são necessárias, no sentido de impostas pelo direito da UE. Mas também não são compatíveis com a autonomia dogmática dos tipos contra-ordenacionais e processuais nacionais. Finalmente, quando decorrem de princípios gerais, não carecem de qualquer recepção legislativa num instituto particular. Teme-se, pelo contrário, que a sua consagração possa ter um efeito prático contraproducente face à própria intenção do proponente legislador: o de prolongar excessivamente os processos, pois só o Tribunal de Justiça é competente, em sede de reenvio prejudicial, para assegurar a uniformidade na interpretação e aplicação do tratado (art. 19.º, n.º 1, do TUE), e os termos em que os reenvios para este são obrigatórios não permitirão uma utilização *abusiva* — mas recorrente — da teoria do *acto claro*⁽⁴⁹⁾.

(44) Do RJC resulta que os processos por práticas restritivas da concorrência são de matriz sancionatória.

(45) AdC, *Exposição de Motivos*, §9.

(46) Art. 2.º, n.º 3 do Anteprojecto.

(47) Art. 2.º, n.º 4 do Anteprojecto.

(48) Art. 2.º, n.º 5 do Anteprojecto.

(49) Não existe a obrigação de efectuar um reenvio prejudicial se a norma é de tal modo evidente que não deixa lugar a qualquer dúvida razoável. Contudo, os pressupostos de uma tal dispensa são extremamente exigentes (acórdão de 6.10.1982, *Cilfit*, proc. C-283/81, EU:C:1982:335).

É evidente a desnecessidade e inconveniência de plasmar em lei nacional avulsa princípios que decorrem da Constituição, dos Tratados⁽⁵⁰⁾ e da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A seguir-se este caminho, seria necessário positivizar todos os outros princípios gerais, ainda que sejam directamente aplicáveis (*i.e.*, enunciados por Regulamento da UE) ou, qualquer que seja a sua fonte, tenham efeito directo. Por outra via, tais princípios gerais de direito da União são aplicáveis não só ao direito da concorrência, como a todos os outros ramos do direito. A esta luz se compreende que a menção a tais princípios seja feita no preâmbulo da Diretiva (UE) 2019/1⁽⁵¹⁾, desprovido de vinculatividade, e não na sua parte dispositiva, a única juridicamente vinculativa, não sendo necessária nem conveniente a sua reprodução legislativa. A afirmação, como é feita, não é conforme aos parâmetros de uma legística adequada e marca uma atitude pouco moderna e evoluída, não exigida pelo direito da UE.

14. Aliás, cumpre notar que não se pode afirmar uma qualquer superioridade moral das normas garantísticas nacionais face às da UE. O nível de protecção dos direitos fundamentais ao nível nacional deve ser equivalente ou superior à protecção conferida pelo direito da União Europeia. Pense-se, por exemplo, nas limitações que o direito da UE (e o Tribunal de Justiça da União Europeia) impõem à Comissão Europeia quanto a investigações prospectivas (as chamadas “*fishing expeditions*”), e que impedem que a Comissão Europeia, em inspecções-surpresa (os *dawn-raids*), procure outros elementos de prova relativos a outras potenciais violações das regras da concorrência da União para além das violações que constituem o objecto da investigação em curso⁽⁵²⁾. Seria assim corolário positivo a aceitação, agora formal e em letra de lei, de um patamar garantístico que respeitasse as garantias dadas pelo direito da União, que não tem sido assegurado em alguma jurisprudência nacional, que invoca, em relação a buscas realizadas por indícios de infracção ao art. 101.º TFUE, o princípio da autonomia processual dos Estados e do ordenamento jurídico nacional para negar o respeito por regras de *procedural fairness* que na União Europeia são percebidas como fundamentais. E que deveriam

⁽⁵⁰⁾ Ver n.º 3 do art. 4.º e alínea *a*) do art. 267.º do TFUE.

⁽⁵¹⁾ Os princípios da efectividade e da interpretação conforme ao direito da UE vêm referidos nos considerandos 3, 14, 31, 42, 46, 47, 72 e 76 da Directiva n.º 2019/1.

⁽⁵²⁾ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18.6.2015, *Deutsche Bahn e o. c. Comissão*, proc. C-583/13P, EU:C:2015:404; de 17.10.1989, *Dow Benelux c. Comissão*, proc. C-85/87, EU:C:1989:379; e acórdãos do Tribunal Geral de 14.11.2012, *Prysmian*, T-140/09, EU:T:2012:597; e de 14.11.2012, *Nexans*, proc. T-135/09, EU:T:2012:596.

também ser estritamente garantidos pela nossa ordem jurídico-constitucional, embora não o sejam, justamente pelo invocado carácter nacional das buscas⁽⁵³⁾.

Assim, parece que não deverá o novo diploma exceder a referência suposta no n.º 1 do art. 3.º da Directiva aos princípios gerais do direito da UE e da Carta dos Direitos Fundamentais⁽⁵⁴⁾, “porque”, como bem refere a AdC, “a credibilidade da política de concorrência depende de forma determinante da rigorosa observância dos direitos fundamentais das empresas no âmbito das investigações conduzidas pela AdC”⁽⁵⁵⁾. O mais relevante seria a consagração, agora formal, do princípio de um padrão máximo de protecção dos direitos fundamentais dos visados, quando estejam em causa infracções aos arts. 101.º e 102.º do TFUE, únicas normas a que o referido art. 3.º da Directiva (UE) 2019/1 se pretende aplicar.

15. Outra alteração é a de substituir o **conceito de “visado”** pelo de “empresa investigada”. Trata-se de mais um passo de distanciamento face ao conceito de “arguido” empregue pela anterior lei da concorrência (art. 51.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003), com as garantias constitucionais e legais que lhe eram associadas. A Lei n.º 19/2012 havia introduzido o conceito de visado, o que a doutrina logo percebeu que poderia “originar áreas de indefinição no que respeita a aplicabilidade de «acquis» jurisprudencial respeitante a tratamento de arguidos em sede contra-ordenacional”⁽⁵⁶⁾. E de facto instaurou-se uma indesejada indefinição sobre o conteúdo e alcance do estatuto das empresas, quando alvos de uma investigação pela AdC. Como refere Lobo Moutinho, “a escolha de uma nova designação, diversa da de ‘arguido’, que é usada pelo RGCO, indicaria uma intenção

⁽⁵³⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4.3.2020, proc. 71/18.3YUSTR-D.L2. O Tribunal da Relação de Lisboa negou a aplicação aos processos nacionais das regras da União Europeia, mesmo quando as buscas da AdC se baseavam na infracção do art. 101.º, n.º 1, TFUE. Não é conforme a suspensão momentânea de uma diligência para apresentar um mandado de autoridade judiciária mais alargado obtido dias antes, enquanto indícios fortuitos são procurados com afincio em dias já posteriores à emissão mas não à apresentação dos mandados. E recusando-se a AdC a proceder à imediata apreensão das “evidências” baseadas no mandado anterior. E por este exemplo se vê que existe em Portugal um sério problema de justiça processual e de respeito pelo princípio da igualdade de armas, aliás identificado em termos mais amplos (D. DANIEL SOKOL, «The new procedural fairness in Competition Law: global developments», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, n.º 4, 2019, pp. 197-198).

⁽⁵⁴⁾ Art. 2.º, n.º 5, do Anteprojecto.

⁽⁵⁵⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §12.

⁽⁵⁶⁾ LUÍS SILVA MORAIS, “A Reforma do Direito Português da Concorrência no Contexto Europeu e Internacional — Visão Geral e Impacto da Adoção do Princípio da Oportunidade”, apresentação em *powerpoint* na conferência do IDEFF “Perspetivas sobre a Reforma do Regime de Defesa da Concorrência”, em 11.5.2012.

de diferenciação que fosse além do mero jogo de palavras — muito ao gosto do mundo das aparências em que vivemos, mas que se não pode nem deve presumir na legislação — com o que ficam dúvidas sobre a possibilidade de remeter a questão para o RGCO e, muito mais ainda, para o Código de Processo Penal”⁽⁵⁷⁾.

Com o novo Anteprojecto, pretende-se dar mais um passo e eliminar a referência a “visado”, passando apenas o inquérito a incidir sobre “empresas investigadas”. Para a AdC “sendo o termo ‘visado’, utilizado na LdC, estranho à Diretiva e ao direito da concorrência, e a fim de assegurar consistência e uniformidade da respetiva aplicação, optou-se pela utilização do termo ‘empresa’ investigada, tal como empregue na Diretiva e no direito da UE”⁽⁵⁸⁾. Nesta lógica, os “visados” enquanto *sujeitos* com direitos processuais, passariam assim a ser *objecto* de uma investigação enquanto “empresas investigadas”. Mas estas alterações não advêm da Diretiva (UE) 2019/1. O seu propósito velado é, dizemos, o de eliminar uma discussão material existente nos tribunais sobre se a realização de buscas impõe a qualidade de visado, com os direitos inerentes que a lei assegura aos visados/arguidos, ou mesmo se o nosso ordenamento é compatível com buscas a empresas que nem sequer são visadas ou “investigadas”. Ora, melhor será que, a reformar-se o direito da concorrência, se clarifiquem, com transparência, direitos e deveres das empresas visadas ou investigadas.

16. O actual RJC, na sequência do *Memorando sobre a condicionalidade económica* de 2011 que o justificou, atribuiu à AdC a possibilidade de conferir **graus de prioridade no exercício dos seus poderes**, sem que isso signifique a aceitação de uma Administração desligada do princípio constitucional da legalidade⁽⁵⁹⁾, o que seria tanto mais grave quanto a AdC

⁽⁵⁷⁾ JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 74.º”, in *Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense*, Manuel Porto, et al. (Coord.), M. Gorjão-Henriques (Dir.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 898.

⁽⁵⁸⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §14.

⁽⁵⁹⁾ No sentido do acolhimento de um princípio de oportunidade mitigado (atentos os parâmetros estabelecidos na lei), que tem como escopo garantir uma maior eficiência na actividade da AdC, ver GONÇALO ANASTÁCIO/ALBERTO SAAVEDRA, A Nova Lei da Concorrência Portuguesa, *cit.*, p. 330. Para um exemplo de uma acção administrativa especial interposta com vista à impugnação de acto administrativo de decisão de arquivamento de denúncia de práticas ilícitas à AdC e com vista à abertura de inquérito, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.1.2017, proc. n.º 11/15.1YQSTR.S1. *En passant*, mas certamente, o Supremo Tribunal no mesmo duto acórdão interroga-se sobre as incongruências do RJC: “não se compreende que no âmbito do recurso das próprias decisões de aplicação das coimas por verificação de contraordenações se considere que o recurso apenas seguirá até ao

constitui uma autoridade administrativa independente. A definição de prioridades não é naturalmente inviável e é, aliás, necessária, mas a Diretiva (UE) 2019/1, no art. 4.º, n.º 5, não a impõe e, pelo contrário, admite que os Estados membros podem obrigar as autoridades a “apreciar denúncias formais”. Bem se justifica que assim seja, no quadro nacional. É que a “falta de interesse comunitário” que a jurisprudência *Automec* do Tribunal de Justiça⁽⁶⁰⁾ reconheceu como legítima à Comissão Europeia, partia do pressuposto de que as infracções ao direito da UE poderiam ser apreciadas por autoridades estaduais ou infra-estaduais. Mas não é essa a circunstância, em Portugal, o que impõe à AdC um dever acrescido de respeito pela legalidade. A obrigação de actuar apenas em caso de infracções graves pode levar a AdC a só agir no caso de *hard core restrictions* ou de restrições pelo objecto/objectivo e isso pode revelar-se muito nocivo para a manutenção de uma concorrência efectiva no território nacional e violador, até, do princípio da legalidade a que a AdC está constitucionalmente vinculada⁽⁶¹⁾.

17. As diligências de busca, exame, recolha e apreensão “dependem de autorização da autoridade judiciária competente”⁽⁶²⁾. Para a AdC, “o critério essencial para aferir da necessidade de intervenção de um juiz de instrução prende-se com o tipo de poderes a exercer no decurso das diligências. Nesse sentido, eliminou-se a referência expressa ao juiz de instrução e ao Ministério Público no art. 21.º da LdC, na medida em que a competência do juiz de instrução ou do Ministério Público para a prática de determinados atos dependerá da matéria em causa, designadamente, do tipo de prova a que seja necessário aceder no âmbito da diligência”⁽⁶³⁾. Na verdade, não tem apenas que estar relacionado com o tipo de prova, pois pode logo ter que ver com a própria “empresa investigada”. Pelo contrário, um padrão elevado de protecção dos direitos fundamentais deveria levar a nova legislação a declarar que as buscas ao abrigo de poderes sancionató-

tribunal da Relação (cf. art. 89.º, n.º 1, do NRJC), sem possibilidade de recurso, ainda que restrito a matéria de direito, para o STJ; ou seja, no actual regime, o STJ é competente para averiguar da exatidão ou não do ato administrativo que não permitiu a abertura de inquérito a partir da denúncia apresentada, mas já não é competente para apreciar a exatidão ou não da qualificação jurídica contraordenacional aplicada ao facto realizado, ou a exatidão ou não da coima aplicada em casos em que esta pode chegar aos milhares de euros”.

⁽⁶⁰⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18.9.1992, *Automec c. Comissão*, proc. T-24/90, EU:T:1992:97.

⁽⁶¹⁾ Art. 4.º, n.º 5, da Directiva n.º 2019/1.

⁽⁶²⁾ Arts. 18.º, n.º 2 e 21.º do Anteprojecto.

⁽⁶³⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §59.

rios devem sempre resultar de autorização do juiz de instrução criminal, dada a extensão dos poderes que a Autoridade se arroga já hoje, e que este deve emitir uma decisão livre de acordo com os elementos disponíveis no momento da análise do pedido de autorização judicial feito pela AdC⁽⁶⁴⁾, cabendo também ao juiz, avaliar o preenchimento dos critérios e limites legais à concessão de tal mandado de busca.

Também aqui as alterações não resultam da Diretiva (UE) 2019/1, que ressalva expressamente a aplicabilidade dos “requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma **autoridade judicial nacional** à realização de tais inspeções”⁽⁶⁵⁾. Ao arrepio da Diretiva (UE) 2019/1 e das obrigações que impendem sobre o Estado português quanto a uma adequada transposição para o seu direito interno, a AdC mantém a actual redacção do art. 20.º, n.º 1 do RJC em que tais diligências são “autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária” (que a AdC interpreta como podendo ser o Ministério Público). Em face do alargamento sem precedentes do âmbito material de elementos que podem ser buscados e a sua sensibilidade em termos de direitos fundamentais, não se percebe como possam ser permitidos à AdC, no quadro de contra-ordenações contra a concorrência, poderes mais extensos e intensos dos que resultam da Lei do Cibercrime, incluindo quanto à emissão do mandado, à validação e à visualização de tais elementos apreendidos. A possibilidade de prosseguir a pesquisa de informação e selecção de cópias ou extractos nas instalações da própria AdC, e não nas instalações da empresa buscada, só é permitida/imposta na Diretiva (UE) 2019/1 quanto a “cópias ou extratos dos documentos controlados”, e não com a latitude que consta do Anteprojecto⁽⁶⁶⁾, sendo por isso útil a referência preambular no sentido de os “direitos de defesa das empresas continuem a ser devidamente respeitados”⁽⁶⁷⁾. Assim, deve assegurar-se, no mínimo, que a empresa, ou os seus mandatários legais, possam acompanhar a diligência, para assegurar o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, ainda que aquela ocorra nas instalações da AdC, assim se garantindo o res-

⁽⁶⁴⁾ As diligências de busca e apreensão terem de ser concedidas sempre que a AdC estiver “em condições de demonstrar que existem motivos razoáveis para suspeitar de infração” (art. 18.º, n.º 2 do Anteprojecto) afigura-se inconstitucional por a fundamentação da AdC — para o exercício de tais poderes e respectiva extensão — ser vaga e por permitir a interpretação de que a apreciação da autoridade judiciária poderá ser inferior à da plena jurisdição.

⁽⁶⁵⁾ Ver art. 6.º, n.º 3 da Directiva n.º 2019/1, realce nosso.

⁽⁶⁶⁾ Confronte-se o art. 18.º, n.º 10 do Anteprojecto com a alínea e) do n.º 1 do art. 6.º da Directiva n.º 2019/1.

⁽⁶⁷⁾ Considerando 33 da Directiva n.º 2019/1.

peito pela legalidade e, em particular, pelos direitos de defesa, que não devem ceder a uma lógica “eficientista” estrita⁽⁶⁸⁾.

A realização de diligências nas instalações da AdC irá agudizar ainda mais a violação dos direitos de defesa das empresas quando esteja em causa a apreensão digital em massa de documentos e de correspondência electrónica. Como já tem salientado a doutrina, “a apreensão digital em massa de documentação não permite a um interessado invocar, por exemplo, a existência de segredo profissional para se opor à apreensão de um determinado documento, ou ao juiz, quando presente, controlar a natureza da documentação apreendida, tendo em conta que aquando da extração informática com base em palavras chave, não é possível aceder a cada um dos documentos copiados e respetivo conteúdo. Neste sentido, imagine-se que no âmbito de uma busca informática seguida da apreensão massiva de documentação resultante dessa pesquisa foram apreendidos documentos sujeitos a segredo profissional. Naturalmente que o interessado na invocação de segredo profissional não teve sequer possibilidade de apresentar reclamação ao abrigo do disposto no art. 77.º do EOA, visto que o método de pesquisa informática utilizado seleciona milhares de documentos de uma vez só, não permitindo o exercício de qualquer escrutínio *in loco*, isto é, no momento em que a diligência é efetuada. Nestas circunstâncias, é evidente que deve ser facultado ao potencial interessado a possibilidade de, depois de analisada toda a documentação apreendida, com base na cópia da mesma facultada pela AdC, suscitar uma eventual reclamação com base em violação do segredo profissional ao abrigo do disposto no art. 77.º do EOA. Aliás, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu no acórdão de 14 de Setembro de 2017 (proc. 34774/15.0T8LSB-D.L.1), com base numa interpretação atualista, adaptada à evolução digital da apreensão de prova, que «Se a reclamação se refere a documentos ou objectos cuja apreensão o advogado pretende pôr em causa, obviamente que só quando este tiver conhecimento dos documentos ou objectos que foram apreendidos, é que estará em condições de decidir se deve reclamar»⁽⁶⁹⁾. Será útil que se considere, aliás, a proposta da Câmara de Comércio Internacional (*ICC Portugal — International Chamber of Commerce*), na con-

(68) Para a AdC, “a possibilidade de as diligências continuarem em instalações diversas das instalações da destinatária, seja nas instalações da ANC, seja noutras designadas para o efeito, é um reflexo da evolução tecnológica associada a este tipo de diligências, orientado para a minimização do impacto das mesmas no normal funcionamento da destinatária” — AdC, *Exposição de Motivos*, §63.

(69) TÂNIA LUÍSA FÁRIA/DANIEL BENTO ALVES, “Buscas e Apreensões eletrónicas no direito da concorrência em Portugal: limites e notas práticas ou os peixes e o corvo marinho”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 52, 2019, p. 149.

sulta pública que antecedeu o actual RJC, ainda que passível de adaptação. Em síntese, aí se estabelece uma triangulação e concordância prática entre: (i) a possibilidade de a AdC realizar diligências nas suas próprias instalações, como previsto na Directiva⁽⁷⁰⁾; (ii) a previsão do acompanhamento das diligências pelas empresas visadas; e (iii) o controlo da adequação e proporcionalidade pelo juiz de instrução.

18. A realização de **buscas domiciliárias** depende de autorização prévia do juiz de instrução. A Directiva (UE) 2019/1 harmoniza sob a mesma égide a busca a “outras instalações, terrenos ou meios de transporte” e aos “domicílios privados” (n.º 1 do art. 7.º). Cria-se aí um critério de “suspeita razoável”, de que existe, fora das empresas, prova pertinente para demonstrar prática de infracção ao RJC⁽⁷¹⁾. Mas a directiva mantém referência à necessária intervenção de uma “autoridade judicial nacional” e não “judiciária”, não se justificando por aí a alteração do RJC para supressão do critério da “fundada suspeita”, pois não se vê como a “suspeita razoável” possa não ser “fundada” e ser decretada pelo juiz de instrução, no caso de diligências tão intrusivas para os direitos, liberdades e garantias.

19. Adicionalmente, se a preocupação é transpor a Directiva (UE) 2019/1, deve reter-se que esta permite, além do acesso a instalações, terrenos e meios de transportes, a inspecção e realização de cópias ou extractos de “livros e outros registos” ou de “documentos” (art. 6.º). Pelo contrário, em ponto algum se refere a Directiva a uma genérica “prova”, como consta do Anteprojecto. A Directiva (UE) 2019/1 não o exige⁽⁷²⁾, não o supõe nem seria compatível com o princípio segundo o qual as restrições aos direitos, liberdades e garantias, e em geral aos direitos fundamentais, devem ser limitados ao necessário. Saliente-se mesmo que, quanto às buscas abrangidas pelo art. 7.º (*i.e.*, outras instalações...) o legislador da União não refere sequer “registos”, mas tão somente “livro ou outros documentos”⁽⁷³⁾. Do mesmo modo, o facto de uma directiva prever buscas a “domicílios privados” não é também, assinala-se, a panaceia contra problemas de constitucionalidade há muito identificados, desde antes da adopção da actual lei da concorrência. Como várias participantes na consulta pública de então exprimiram, a previsão de buscas domiciliárias é de mais do que duvidosa

(70) Alínea *c*) do n.º 1 do art. 6.º da Directiva.

(71) Art. 19.º, n.º 1 do Anteprojecto.

(72) Ver art. 7.º, n.º 1 e considerando 34 da Directiva n.º 2019/1.

(73) Contra a dupla referência que consta das alíneas *b*) e *d*) do n.º 1 do art. 6.º da Directiva.

constitucionalidade, mormente por violação dos arts. 1.º, 2.º, 18.º 26.º e 34.º, n.º 1, da CRP. Para ser mantida no quadro da *amizade* ao direito da UE⁽⁷⁴⁾, tem de ser num enquadramento que respeite os “princípios do Estado de Direito democrático” (n.º 4 do art. 8.º da Constituição), a exigir ponderação e equilíbrio ao legislador nacional pois, como recorda a pena autorizada de Cardoso da Costa, «a aplicação do direito da União *in foro domestico* não pode conduzir em qualquer caso ao desrespeito dos “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”» e «isso mais não significa senão que o primado haverá de ceder face ao que afinal representa o núcleo duro e irredutível da Constituição»⁽⁷⁵⁾.

Ao abrigo do RJC⁽⁷⁶⁾, a AdC, no requerimento de autorização para buscas domiciliárias, tem de fundamentadamente “mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas (...)”. É chocante a supressão destes requisitos — essenciais para que o juiz de instrução possa aferir da legalidade, necessidade e proporcionalidade do pedido —, que não é exigida por qualquer disposição da Diretiva (UE) 2019/1, nem compatível com os direitos fundamentais que serão postos em crise face a eventuais ilícitos de mera ordenação social (vida privada, protecção do domicílio, imagem, etc.).

20. O Anteprojecto alarga ainda esta possibilidade de buscas domiciliárias à investigação de supostos **abusos de dependência económica**⁽⁷⁷⁾, um ilícito que não está previsto ao nível da União⁽⁷⁸⁾, não é objecto da Directiva e relativamente ao qual está hoje expressamente excluída a utilização destes meios de investigação.

Em síntese, apesar de as contra-ordenações corresponderem a um desvalor ético bem diferente daquele relativo aos crimes⁽⁷⁹⁾, o Antepro-

⁽⁷⁴⁾ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Atribuição e harmonização*, cit., p. 293.

⁽⁷⁵⁾ JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «Constituição portuguesa e Direito da União Europeia (Quatro apontamentos)», *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 9. Sobre a matéria, claro, paira ainda o ainda recente acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 5 de Maio de 2020, onde este Tribunal recordou que lhe compete defender a Constituição alemã contra actos *ultra vires* da União Europeia, matéria que aqui se não aborda (2BvR 859/15).

⁽⁷⁶⁾ Art. 19.º, n.º 2 do RJC.

⁽⁷⁷⁾ O art. 19.º (sobre buscas domiciliárias) remete para o art. 12.º (abuso de dependência económica), ambos do Anteprojecto de RJC.

⁽⁷⁸⁾ Como é sabido as infracções ao direito da concorrência correspondem aos arts. 101.º (práticas restritivas) e 102.º (abuso de posição dominante), ambos do TFUE.

⁽⁷⁹⁾ Acórdãos do TC n.º 574/95, de 18.10.1995, proc. 357/94; n.º 297/2016, de 12.5.2016, proc. 1056/15.

jecto atribui ainda poderes mais vastos (ou menores restrições) à AdC do que aqueles que são atribuídos às autoridades judiciais para efeitos de investigação de crimes⁽⁸⁰⁾.

21. Quanto aos elementos que podem ser alvo das diligências de busca e apreensão pela AdC, o Anteprojecto é claro: “passou a incluir-se mensagens de correio eletrónico lidas ou não lidas e mensagens instantâneas, bem como os suportes de onde tais documentos podem ser obtidos, prevendo expressamente a possibilidade de acesso a informação guardada em dispositivos móveis e sistemas informáticos, desde que acessíveis à empresa, associação de empresas ou pessoa sujeita à busca e relacionadas com a empresa, associação de empresas ou pessoa singular”⁽⁸¹⁾. Supostamente tal alteração tem “por base o disposto no art. 6.º e nos considerandos 30 a 32 e 35 da Diretiva”⁽⁸²⁾.

Mas não há qualquer referência que o justifique no art. 6.º da Directiva nem em qualquer outra disposição normativa da Directiva. A expressão “correio eletrónico” só consta do considerando 35 e a respeito dos pedidos de informações. E com relevantes limitações, nomeadamente pelo princípio da proporcionalidade. Repita-se: em ponto algum da parte dispositiva da Directiva (UE) 2019/1 se prevê a possibilidade de *acesso* (com ou sem aviso prévio) a “dispositivos e equipamentos” nem a correio electrónico. O acesso é previsto a “instalações, terrenos e meios de transporte”⁽⁸³⁾. O Anteprojecto menoscaba inteiramente a natureza jurídica das Directivas e da relação jurídica entre o direito dos Estados membros e o Direito da União Europeia, tornando-se por isso um desserviço à integração europeia de Portugal, à autonomia da nossa ordem jurídica e à dignidade da nossa Constituição. Não é por acaso que as disposições preambulares não constam da parte juridicamente vinculativa da Directiva (UE) 2019/1, muitas vezes fruto das particularidades inerentes ao procedimento legislativo da União e à necessidade de obtenção de consensos. É justamente para que, unidos na diversidade, seja possível assegurar o pleno respeito pelo direito da União Europeia, e sejam respeitadas em cada Estado membro as funções do Estado e os direitos, liberdades e garantias, como aliás resulta impositivamente do Tratado da União Europeia, desde logo e sem limitação, no art. 4.º. A AdC procura

⁽⁸⁰⁾ Essa incongruência é bem visível na reforma que a AdC pretende imprimir em todo o RJC, bem exemplificada no caso das buscas domiciliárias.

⁽⁸¹⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §58.

⁽⁸²⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁸³⁾ Ver art. 6.º, n.º 1, alínea a), da Directiva n.º 2019/1.

“ancorar a transposição da Diretiva ECN+ não apenas no articulado desta Diretiva ECN+, mas igualmente nos respectivos considerandos, por vezes reconhecendo a estes últimos uma vinculatividade autónoma que extravasa o seu papel de meros auxiliares interpretativos das normas da Diretiva com o intuito de caucionar soluções que não só não decorrem da mesma como suscitam fundadas dúvidas (inclusive jurisprudenciais) no plano interno, mormente à luz do enquadramento contraordenacional do Direito da Concorrência”⁽⁸⁴⁾.

O ponto deve ser proclamado do pináculo do nosso edifício jurídico, como Estado de Direito democrático. De nenhuma norma da Diretiva (UE) 2019/1 resulta o direito das autoridades da concorrência de acederm, mormente em diligências de busca e apreensão, a correspondência electrónica ou, em geral, a “informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros, registos ou mensagens de correio electrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, qualquer que seja o suporte, estado ou 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, outros dispositivos móveis ou outros dispositivos não previamente identificados com precisão, acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada”⁽⁸⁵⁾. E ainda bem, pois isso redundaria, em Portugal, na violação de diversos preceitos constitucionais e dos próprios princípios do Estado de Direito democrático.

Pelo contrário, a Directiva distingue entre o que pode ser objecto de inspecções (arts. 6.º e 7.º) e o âmbito das provas que podem ser trazidas

⁽⁸⁴⁾ LUÍS SILVA MORAIS, *Observações à Consulta Pública sobre Proposta de Anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE* (Diretiva ECN+), Janeiro 2020, p. 6, com apoio em Karl Riesenhuber (ed.), *European Legal Methodology*, Intersentia, 2017.

⁽⁸⁵⁾ Ver art. 18.º, n.º 1, alínea b) do Anteprojecto. Diz-nos ainda o art. 31.º, n.º 2 do Anteprojecto que “[c]onstituem meios de prova admissíveis, entre outros não expressamente proibidos, quaisquer documentos, declarações orais ou escritas, mensagens electrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, gravações nos termos do disposto no art. 167.º do CPP, ficheiros e quaisquer outros objetos que contenham informações, qualquer que seja a fonte, o formato e o suporte em que tais informações se encontrem armazenadas, não sendo aplicável nessa medida o disposto no art. 42.º 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”. Segundo a AdC, “o n.º 2 do art. 31.º da LdC reflete o art. 32.º da Diretiva, mencionando expressamente os tipos de prova admissíveis, incluindo mensagens electrónicas não lidas ou apagadas, gravações e outros ficheiros, independentemente do suporte” (*Exposição de Motivos*, §161).

perante autoridades nacionais da concorrência (art. 32.º), estabelecendo que são realidades diversas, e bem, os “documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações”. Como está bem de ver, o facto de poderem ser usados todos estes meios de prova para provar infracções ao direito da concorrência não significa que as autoridades os possam inspeccionar e apreender a todos.

22. Esta leitura é a mais conforme aos princípios fundamentais da ordem jurídica de um Estado de Direito democrático, para mais considerando a origem e antecedentes da Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976. O procedimento de transposição não pode nem deve ignorar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico-constitucional português, nomeadamente do n.º 4 do art. 34.º, onde se lê que “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”. Assim, a possibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico e de mensagens instantâneas configura uma violação do princípio constitucional do sigilo da correspondência. Elucida-nos Paulo Pinto de Albuquerque, que “as comunicações já recebidas pelo destinatário e guardadas em suporte digital estão incluídas no âmbito da proibição legal, como resulta do disposto no art. 189.º do CPP. Por exemplo, as mensagens de email (já abertas ou não) arquivadas no computador ou as mensagens arquivadas no cartão de telemóvel não podem ser aproveitadas como meio de prova de uma contra-ordenação”⁽⁸⁶⁾. Dispensamo-nos de explicar com exaustividade as fundamentações que demonstram, no plano doutrinário, que não são permitidas, para o exercício de poderes sancionatórios em matéria contra-ordenacional, buscas, exames, recolhas e apreensões de mensagens de correio electrónico. Em apertada síntese, “na falta de uma definição legal clara de ‘documento’ para efeitos da aplicação do n.º 1 do art. 20.º do RJC, a protecção do sigilo das comunicações deve ser a fronteira que separa a mensagem de correio electrónico, protegida pelo sigilo, do documento em suporte digital, não protegido pelo sigilo, e, por isso, passível de apreensão”⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 159.

⁽⁸⁷⁾ GONÇALO ANASTÁCIO/DIANA ALFAFAR, “Artigo 20.º”, *cit.*, p. 343. Confluindo em idêntica tese de recusa de admissibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico em sede contra-orde-

A solução propugnada no Anteprojecto seria também contrária ao art. 42.º do RGCO, que proíbe especificamente a intromissão na correspondência. Em suma, não há argumento de direito da UE ou nacional que justifique a apreensão de correspondência. E que não pode ser hoje também esse o sentido da lei em vigor resulta abundante o esforço do Anteprojecto em prever a consagração expressa que já não tinha sido lograda aquando da discussão da Lei n.º 19/2012, contra já então o parecer da AdC junto da Assembleia da República. Assim se justifica, e verbera, a proposta feita de excluir, na aferição da admissibilidade dos meios de prova, a aplicação do “disposto no art. 42.º 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”⁽⁸⁸⁾. O art. 32.º da Diretiva (UE) 2019/1 não exige a solução proposta no Anteprojecto e o considerando 73 do preâmbulo, desprovido de valor jurídico obrigatório, não pode impor-se à Constituição portuguesa, ao princípio do Estado de Direito democrático e ao direito à reserva da vida privada, previsto e protegido no art. 26.º, n.º 1, da CRP e no art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

23. E, mesmo que fossem legítimos e aplicáveis os preceitos constantes do CPP, sempre seria obrigatória a intervenção de um juiz de instrução criminal⁽⁸⁹⁾. É também a solução que resulta da Lei do Cibercrime⁽⁹⁰⁾, que regula a apreensão de correio electrónico. Como refere o Anteprojecto, aí não se considera **o correio electrónico como documento**, mas correspondência protegida pelo n.º 4 do art. 34.º da CRP, sendo uma tal equiparação “ilegítima”⁽⁹¹⁾. E com isso não fica em causa nem a efectividade dos poderes da autoridade nem o sentido útil da lei actual, pois “ao permitir a apreensão de documentos independentemente da sua natureza

nacional, mas com argumentos distintos, JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO DURO, “Artigo 18.º”, *cit.*, pp. 318 a 321). JOÃO CONDE CORREIA, pronuncia-se em idêntico sentido, apesar de não ser no âmbito do direito da concorrência: o direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada, consagrado no art. 34.º, n.º 1 da CRP e arts. 75.º a 78.º do Código Civil protege toda a espécie de comunicação interpessoal, privada ou não, efectuada por intermédio da correspondência e das telecomunicações, independentemente do meio técnico utilizado e do seu conteúdo, impedindo a sua violação ou devassa por terceiros ou pelo Estado (“Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da C.R.P.)?”, in *Revista do Ministério Público*, ano 20, n.º 79, pp. 51 e ss.).

⁽⁸⁸⁾ Art. 31.º, n.º 2, *in fine*, do Anteprojecto.

⁽⁸⁹⁾ Arts. 179.º do CPP e 32.º, n.º 4, da Constituição.

⁽⁹⁰⁾ Art. 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

⁽⁹¹⁾ Sentença do Juízo de Instrução Criminal do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 11.11.2019, *Lusíadas e o. c. AdC*, processo n.º 3039/19.9T9LSB.

ou do seu suporte, poderá assim abranger, não a apreensão de correio electrónico que se encontre na caixa de entrada, mas sim [a] que se encontre, por exemplo, impresso em papel, ou de um qualquer documento armazenado em suporte digital (como um documento em formato word ou excel)”⁽⁹²⁾. Assim sendo, a solução proposta no Anteprojecto é inconstitucional, não resulta da Diretiva (UE) 2019/1 e é desconforme e contrária ao ordenamento jurídico vigente.

24. O Anteprojecto admite agora que as **gravações** só serão admissíveis, como meio de prova, nas condições previstas no art. 167.º do CPP⁽⁹³⁾, superando-se assim uma redacção anterior que, ainda assim, não permitia gravações ocultas. São provas nulas as imagens de vídeo e de áudio obtidas sem o consentimento ou conhecimento do visado, através de câmara ou gravador oculto^(94/95). As proibições de prova do art. 126.º do CPP dirigem-se não apenas aos agentes do Estado que exercem funções investigativas ou jurisdicionais no processo, mas a toda e qualquer pessoa particular⁽⁹⁶⁾. O n.º 8 do art. 32.º da CRP e o n.º 1 do art. 126.º do CPP, quando fazem menção a ofensas à integridade moral das pessoas, estas podem traduzir-se na utilização de meios enganosos⁽⁹⁷⁾. Do mesmo modo, neste como noutros domínios sancionatórios, o visado/arguido tem o direito a não fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção em questão, cujo ónus da prova recaia sobre a AdC⁽⁹⁸⁾. Finalmente, a previsão de gravações ocultas só era afirmada num

⁽⁹²⁾ GONÇALO ANASTÁCIO/DIANA ALFAFAR, “art. 20.º”, *cit.*, p. 343.

⁽⁹³⁾ Art. 31.º, n.º 2 do Anteprojecto que procede à transposição do art. 32.º da Directiva.

⁽⁹⁴⁾ Arts. 118.º, n.º 3, 126.º, 167.º, n.º 1 do CPP, art. 199.º do Código Penal e arts. 18.º, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8 da CRP e ainda o art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais — v.g. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3.5.2006, proc. 83/2006-3.

⁽⁹⁵⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Sobre a Valoração, Como Meio de Prova em Processo penal, das gravações produzidas por Particulares”, Separata do número especial do BFDC, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, pp. 5 ss.

⁽⁹⁶⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP à luz da CRP e da CEDH*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 335 e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, *cit.*, p. 197.

⁽⁹⁷⁾ Art. 126.º, n.º 2, alínea a), última parte, do CPP.

⁽⁹⁸⁾ Na doutrina nacional com amplas referências jurisprudenciais, MARTA CAMPOS, “De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas”, *RCR*, Ano IX, n.º 36, Outubro a Dezembro de 2018, pp. 81 a 118. TIAGO DA COSTA ANDRADE, “Nemo Tenetur se Ipsum Accusare: Um Novo Olhar a Partir do Direito da Concorrência, no Sentido da sua Extensão ao Processo Contra-ordenacional e às Pessoas Colectivas”, in *RCR*, Ano VIII, n.º 31, 2017, pp. 179-214; VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo Tenetur se Ipsum Accusare e Concorrência Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *RCR*, Ano I, n.º 1, 2010, pp. 175-198.

considerando da Directiva, não vinculativo. E a sua admissibilidade, não sendo necessária, seria também violadora do princípio do *nemo tenetur*, além do princípio da reserva da vida privada, também um direito, liberdade e garantia protegido pelo art. 26.º da CRP. O art. 32.º da Directiva (UE) 2019/1, aliás, não se refere às possibilidades decorrentes das diligências de busca e apreensão, mas apenas quanto à licitude de utilização de meios de prova *perante* as autoridades de concorrência. Ou seja, que essas provas não devem ser consideradas provas proibidas pelo direito nacional, para criar um *level playing field* na garantia pública do direito da concorrência. E, claro, só faz sentido abranger gravações (e igualmente comunicações ou documentos), alojados em dispositivos pessoais ou profissionais, que sejam atinentes à empresa⁽⁹⁹⁾ ou acessíveis a esta⁽¹⁰⁰⁾. Neste sentido, existirá um legítimo direito de recusa dos destinatários em prestar informações que sejam respeitantes à reserva da vida privada ou pessoal dos colaboradores e seus familiares, precisamente por não consubstanciar uma informação relativa à vida da empresa ou por esta acessível⁽¹⁰¹⁾.

25. O Anteprojecto inclui duas propostas alterações ao RJC que bulem directamente com o **segredo profissional de advogado**. Pela primeira, os advogados “internos” (ou advogados *in-house*) não se poderão valer das salvaguardas conferidas a advogados “externos”⁽¹⁰²⁾, em que é obrigatória, sob pena de nulidade, a presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente⁽¹⁰³⁾. Isso significaria que os contactos e informações que envolvam advogados “internos” poderiam ser objecto de apreensão e seria desconsiderado o regime de segredo profissional de advogado, salvo quanto à prática de actos próprios de advogado⁽¹⁰⁴⁾. Isso implicaria, potencialmente, que, numa diligência de busca e apreensão, a AdC poderia visualizar toda a actividade e documentação de um advogado (incluindo os actos próprios da

⁽⁹⁹⁾ Considerando 30 da Directiva (UE) 2019/1.

⁽¹⁰⁰⁾ Considerando 35 da Directiva (UE) 2019/1.

⁽¹⁰¹⁾ Com este mesmo entendimento no plano do direito laboral, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.12.2016, processo n.º 208/14.1TTVFR-D.P1.

⁽¹⁰²⁾ Art. 19.º, n.º 7 do RJC.

⁽¹⁰³⁾ Nos termos do art. 19.º, n.º 8 do Anteprojecto, “(...) não é considerada uma busca em escritório de advogado a realizada em instalações ou locais afetos a trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado”. Ou seja, as garantias e os direitos não são assegurados em termos equivalentes às “buscas em escritório de advogado”.

⁽¹⁰⁴⁾ Art. 20.º, n.º 6 do Anteprojecto e Exposição de Motivos, §193.

profissão), e posteriormente escolher aqueles documentos que entende poder apreender por não constituírem actos da profissão, sem qualquer mediação judicial ou participação da Ordem dos Advogados. Mas qual a razão para uma tal limitação de um direito fundamental consagrado na nossa Constituição de 1976 de modo tão marcado? A única razão apresentada é o professo “objetivo de reforçar a eficácia dos poderes de investigação da AdC”⁽¹⁰⁵⁾ e pretensamente “os argumentos apresentados [na Consulta Pública] foram devidamente ponderados face ao dever de conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”⁽¹⁰⁶⁾.

Mas a distinção não tem relevo (nem pode ter) face à ordem jurídico-constitucional portuguesa e aos princípios do Estado de Direito democrático⁽¹⁰⁷⁾, tal como resultam do consenso do regime democrático, entre advogados internos e advogados externos⁽¹⁰⁸⁾. O Anteprojecto dá uma machadada vital na independência dos advogados e põe em causa os valores fundamentais da nossa Constituição. E isso é tão mais grave quanto a Diretiva (UE) 2019/1 não se refere ao assunto⁽¹⁰⁹⁾, não implicando a transposição da Diretiva qualquer alteração ao regime constitucional que salvaguarda a independência dos advogados, fora das condições já hoje previstas no RJC, e com as devidas cautelas legais, designadamente, despacho de autorização e presença do Juiz de Instrução Criminal, bem como de representante da Ordem dos Advogados⁽¹¹⁰⁾.

Acrescente-se que a própria AdC reconhece que “a proteção do sigilo profissional do advogado no âmbito de processos contraordenacionais por infração às regras nacionais de concorrência, abrangerá quer os advogados

⁽¹⁰⁵⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §193.

⁽¹⁰⁶⁾ AdC, *Relatório sobre a Consulta Pública*, de 31.3.2020, §102.

⁽¹⁰⁷⁾ Aliás o valor da inviolabilidade do domicílio do advogado encontra-se garantida não só pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa como pelo art. 8.º da CEDH.

⁽¹⁰⁸⁾ Por todos, na doutrina nacional, LUÍS MIGUEL ROMÃO/ALEXANDRE MESTRE, “Conteúdo e Extensão do Direito à Confidencialidade das Comunicações entre Advogado e Cliente à Luz do Direito Comunitário e do Direito Nacional — Parte I”, in *RCR*, Ano VII, n.º 25, 2016, p. 71 e ss.; e, dos mesmos autores, Parte II, in *RCR*, Ano VIII, n.º 32, 2017, p. 51 e ss., com o capítulo 2.2. dedicado à «Situação dos “advogados internos” no direito português».

⁽¹⁰⁹⁾ Pelo contrário, o art. 31.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2019/1 refere-se ao segredo profissional numa lógica garantística.

⁽¹¹⁰⁾ Ver art. 180.º, n.º 2, do CPP e os arts. 76.º e 92.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro, que aprova o EOA, e o Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de Dezembro e Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional [v. Regulamento n.º 94/2006 OA (2.ª Série), de 25.5.2006; Conselho Geral — Regulamento de dispensa de segredo profissional, DR, II, n.º 113 (12.6.2006), p. 8588-8589), os quais não estipulam excepções em termos de sigilo profissional consoante o vínculo laboral. Considere-se o Parecer n.º E-07/07 do Conselho de Geral da OA, de 27.6.2007, em que o advogado de empresa é igualmente merecedor da protecção do sigilo profissional.

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 congêneres de outros países”⁽¹¹¹⁾.

Como a Ordem dos Advogados já antes exprimiu, «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 (...) —, nem é subscrito pela Ordem dos Advogados nem pelos tribunais Portugueses”⁽¹¹²⁾. Enfatizadamente, “esta disposição é atentatória 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”⁽¹¹³⁾. Como declarou o Tribunal da Relação do Porto, no dever de sigilo dos advogados “está em causa o direito fundamental e constitucional de acesso ao direito (art. 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 (art. 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 o exercício dos direitos de cidadania (...)”⁽¹¹⁴⁾. Ainda na jurisprudência, “um advogado de empresa tem os direitos, faculdades, vinculações e obrigações prescritos no EOA, não podendo ser diferenciado em função da sua qualidade. Por outro lado, é também infundado desconsiderar a qualidade de advogado quando este exerça a sua profissão através de contrato de trabalho, pois os valores e prerrogativas que pautam a sua atividade mantêm-se integralmente (...). Também o advogado de empresa está sujeito ao dever de sigilo profissional enquanto advogado, pelo que, em

⁽¹¹¹⁾ AdC, *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos arts. 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio e dos arts. 101.º e 102.º do TFUE*, de 22.3.2013, §197.

⁽¹¹²⁾ *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+)*, de 23.12.2019 p. 7.

⁽¹¹³⁾ *Idem*, p. 14.

⁽¹¹⁴⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.10.2011, proc. 3559/05.2TAVNG.P1.

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)”⁽¹¹⁵⁾.

Diga-se ainda, que, na Exposição de Motivos para a Consulta Pública, era referida a jurisprudência *Akzo*⁽¹¹⁶⁾ do Tribunal de Justiça, para propor esta alteração legislativa, perspectiva essa ulteriormente abandonada no texto justificativo do Anteprojecto submetido. E bem. Com efeito, o caso *Akzo* diz respeito a um processo contra-ordenacional da Comissão Europeia e não a um processo contra-ordenacional nacional (envolvendo qualquer autoridade nacional de concorrência). A Comissão Europeia agiu no quadro do art. 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que estabelece as suas competências e âmbito de actuação e que, no art. 3.º, define o “regime de competências paralelas” entre a Comissão Europeia e os Estados membros, na aplicação do direito da concorrência. E esse paralelismo de regimes processuais não implica qualquer harmonização fora do quadro harmonizado pelo próprio direito da União. Aliás, as disposições do Regulamento n.º 1/2003 não têm nenhuma incidência directa e expressa sobre o alcance da protecção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. Como refere a advogada-geral Juliane Kokott, “se é a Comissão a realizar a diligência de instrução, as regras para tal são fixadas pelo direito da União; se é uma autoridade nacional a realizar a diligência de instrução, as regras para tal são fixadas pela legislação nacional (como está agora expressamente previstos no art. 22.º, n.º 2 do regulamento 1/2003)”⁽¹¹⁷⁾. E mais refere esta advogada-geral que “nem o princípio da segurança jurídica nem os direitos de defesa exigem que o direito da União e o direito nacional, nos seus respectivos âmbitos de aplicação, se baseiem nos mesmos critérios”⁽¹¹⁸⁾. Assim, da jurisprudência *Akzo* não decorre qualquer obrigação de desprotecção dos advogados na sua função democrática essencial de contribuir para a realização da justiça. Como aí se lê: “o Tribunal de Justiça decidiu que o direito da União e o direito nacional da concorrência consideram as práticas restritivas sob ângulos diferentes. (...) Nestas condições, as empresas cujas instalações tenham sido inspeccionadas, no âmbito de investigações em matéria de con-

⁽¹¹⁵⁾ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 17.1.2008, *Unilever Jerónimo Martins, L. da*, processo n.º 572/07.9TYLSB.

⁽¹¹⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.9.2010, *Akzo/Comissão*, proc. C-550/07, EU:C:2010:512.

⁽¹¹⁷⁾ Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott de 29.4.2010, apresentadas no processo *Akzo/Comissão*, proc. C-550/07, EU:C:2010:229, §128.

⁽¹¹⁸⁾ *Idem*, §133.

corrência, 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. (...). 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”⁽¹¹⁹⁾. E, continua Juliane Kokott, “a questão de saber se essa harmonização se deveria realizar, constitui uma questão jurídico-política, cuja apreciação compete exclusivamente ao legislador da União”⁽¹²⁰⁾. E o silêncio da Diretiva (UE) 2019/1 é da maior eloquência.

Por último, considerando a parametricidade fundamental do EOA⁽¹²¹⁾, não faz sentido que um diploma específico venha introduzir avulsamente uma tão esdrúxula solução face ao regime aplicável à profissão, pondo em causa a unidade do sistema jurídico⁽¹²²⁾.

26. Segundo o Anteprojecto, na **responsabilização das “empresas”**⁽¹²³⁾ incluem-se:

- a) A título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração; e
- b) As pessoas coletivas ou entidades equiparadas indicadas no n.º 7 e as pessoas que integram os sucessores económicos da empresa infratora”⁽¹²⁴⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça, *Akzo, cit.*, §§103 a 105.

⁽¹²⁰⁾ Advogada-Geral Juliane Kokott, a propósito do sigilo profissional, *Akzo, cit.*, §134.

⁽¹²¹⁾ O advogado em regime de subordinação tem assegurados todos os instrumentos, garantias, deveres e prerrogativas que são garantidos ao advogado em regime de profissional liberal, o que é bem revelador da intenção do legislador em equiparar ambos (por ex., art. 73.º, n.º 2 e n.º 3, do EOA). Também o Código de Trabalho reconhece que “[a] sujeição à autoridade e direcção do empregador não prejudica a autonomia técnica do trabalhador inerente à atividade prestada, nos termos das regras legais ou deontológicas aplicáveis” (art. 116.º).

⁽¹²²⁾ A actividade leginterpretativa reclama uma *hermenêutica sistémica* das disposições legais, na unidade do sistema jurídico — JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 188 e ss.

⁽¹²³⁾ Empresas na acepção do art. 3.º do Anteprojecto. Veja-se ainda acima a mudança de terminologia do conceito de “visado” para “empresa investigada”.

⁽¹²⁴⁾ Sobre o conceito de “influência determinante” presume-se a sua existência naqueles

Estas alterações não estão previstas nem são impostas pela Diretiva (UE) 2019/1. Como resulta da jurisprudência nacional, a responsabilidade de uma empresa não depende da existência de uma relação de grupo, mas sim de ser considerada autora à luz do art. 16.º do RGCO⁽¹²⁵⁾. Numa espécie recente, a Farminvest S.G.P.S. foi absolvida da responsabilidade pela infracção imputada ao grupo a que pertencia por não ter domínio do facto ilícito e, conseqüentemente, não poderia ter sido considerada autora. Não é, assim, pacífico que “o conceito de empresa utilizado naquelas disposições (...) encontra-se alicerçado na noção de unidade económica, sendo aplicado pelas ANC [autoridades nacionais de concorrência] e pelos tribunais nacionais (...)”⁽¹²⁶⁾. Do mesmo modo, a indeterminação da imputação de comportamentos contra-ordenacionais em relação a pessoas singulares e colectivas que não infringiram o direito da concorrência, não é conforme aos princípios da legalidade e tipicidade contra-ordenacional, da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória e da segurança jurídica. Também é criticável qualquer caminho para uma responsabilização contra-ordenacional objectiva de empresas-mãe face a infracções cometidas por filiais ou subsidiárias, e que em termos tão amplos violaria os princípios constitucionais da culpa e do *in dubio pro reo*.

A solução preconizada é redundante e inútil. Diz o art. 13.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/1 que “para efeitos de aplicação de coimas a sociedades-mãe e a sucessores legais e económicos das empresas, os Estados membros asseguram que seja aplicável o conceito de empresa”⁽¹²⁷⁾. Esta é a norma que estaria a ser transposta⁽¹²⁸⁾. Contudo, a aplicabilidade do conceito de *empresa* já resulta do actual do art. 3.º do RJC⁽¹²⁹⁾. O art. 73.º, na redacção resultante do Anteprojecto, remete para a noção de empresa ali prevista, assim se “explicitando a compatibilização deste conceito com as regras de imputação e responsabilidade pela prática de infracções às regras de concorrência, bem como o âmbito subjetivo da imputação e responsabilidade nos casos de fusão, cisão e transformação de pessoas colectivas ou entidades equiparadas, bem como nos casos de sucessão econó-

casos em que uma “uma pessoa exerce sobre outra quando detém 90 % ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário” (art. 73.º, n.º 3, do Anteprojecto).

⁽¹²⁵⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.6.2017, *ANF e o. c. AdC*, proc. n.º 36/16.0YUSTR.L1.

⁽¹²⁶⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §101.

⁽¹²⁷⁾ A redacção da versão autêntica da Diretiva em língua portuguesa não é correcta.

⁽¹²⁸⁾ Refere-se ainda o considerando 46 da Directiva, que certamente não é passível de transposição — AdC, *Exposição de Motivos*, § 104.

⁽¹²⁹⁾ Assim o reconhece a AdC na *exposição de motivos*, § 102.

mica”⁽¹³⁰⁾. Todavia, o estabelecimento de uma presunção legal poderá gerar incerteza e afastar a noção de empresa daquela que é própria deste ramo do direito. Recorde-se que “o legislador estabeleceu uma presunção legal de existência de uma única entidade económica quanto a grupos onde exista uma relação de domínio, sendo os critérios do n.º 2 do art. 3.º RJC decalcados dos elementos previstos no art. 486.º do Código das Sociedades Comerciais, diferindo apenas no facto de se valorizar a existência de relações de interdependência e não apenas de domínio, como sucede com esta última norma (...)”⁽¹³¹⁾, como por exemplo, a detenção de uma participação maioritária no capital⁽¹³²⁾. Mas constata-se que, neste art. 73.º do Anteprojecto, estende-se o conceito de *influência determinante* a situações em que “uma pessoa exerce sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário”⁽¹³³⁾. Para além da inconsistência entre presunções *iuris tantum* aplicáveis à noção de empresa (arts. 3.º e 73.º), o patamar de 90% pode revelar-se arbitrário, mesmo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁽¹³⁴⁾.

27. Nos termos do Anteprojecto, no caso das contra-ordenações mais graves, o **montante máximo da coima** aplicável não poderá “exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras, nos termos do art. 3.º”⁽¹³⁵⁾. A solução propugnada não corresponde exactamente à do art. 15.º da Diretiva (UE) 2019/1, segundo a qual o valor máximo da moldura abstracta da coima corresponde ao montante equivalente a “10% do volume de negócios global total da empresa”.

Se o Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador uma ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis e que as sanções aplicadas devem ser “efectivas”, “proporcionadas” e “dissuasoras”⁽¹³⁶⁾, tendo em vista assegurar o efeito preventivo das mesmas⁽¹³⁷⁾, tal

⁽¹³⁰⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §104.

⁽¹³¹⁾ MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2.ª ed., AAFDL, 2018, p. 265.

⁽¹³²⁾ Art. 3.º, n.º 2, alínea a) do RJC que não sofre alterações.

⁽¹³³⁾ Art. 73.º, n.º 3, do Anteprojecto.

⁽¹³⁴⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.9.2009, *Akzo Nobel NV e outros c. Comissão*, proc. C-97/08 P, EU:C:2009:536, §60.

⁽¹³⁵⁾ Art. 69.º, n.º 4 do Anteprojecto, por referência àquelas contra-ordenações que vêm referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do art. 68.º.

⁽¹³⁶⁾ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 304/94, n.º 574/95 e n.º 547/00, todos disponíveis in <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁽¹³⁷⁾ Caso contrário, os destinatários das normas não se sentirão incentivados a respeitá-las.

liberdade de definição de limites às coimas não inclui situações de “manifesta e flagrante desproporcionalidade ou de excessiva amplitude entre os limites mínimo e máximo”⁽¹³⁸⁾. Ora, parece ser esse o caso quando o montante máximo da coima aplicável se fixe em “10% do volume de negócios total, a nível mundial”⁽¹³⁹⁾, e a amplitude da moldura contra-ordenacional é susceptível de violar de uma forma intolerável quer o princípio da legalidade previsto nos n.ºs 1 e 3 do art. 29.º da Constituição quer o princípio da proibição das sanções de duração ilimitada ou indefinida, previsto no art. 30.º, n.º 1, da Constituição. Em face desta alteração projectada, as palavras do Tribunal da Relação de Lisboa assumem uma maior acuidade: “a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e, acrescentamos agora, da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao «exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência», é, a nosso ver, claramente violador do corolário do princípio da legalidade *nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*”⁽¹⁴⁰⁾. Mas a solução é também atentatória do princípio da igualdade, nomeadamente entre aqueles grupos empresariais que tenham uma dimensão multinacional e aqueles que actuam predominantemente em Portugal⁽¹⁴¹⁾. Apesar de o montante da coima ser determinado com base numa percentagem de volume de negócios relacionada com a infracção, a qual é tipicamente circunscrita ao território nacional⁽¹⁴²⁾, são concebíveis situações em que duas empresas co-visadas, que cometeram exactamente a mesma infracção e que até têm a mesma dimensão nacional, sejam alvo de coimas díspares. Isto será assim, porquanto o limite máximo de 10% do volume de negócios em termos de coima será aferido em relação ao grupo econó-

Neste sentido, PAULO OTERO/FERNANDA PALMA, “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *RFDUL* (Separata), 1996, n.º 2, pp. 562 e 563.

⁽¹³⁸⁾ Acórdãos do Tribunal Constitucional citados acima.

⁽¹³⁹⁾ Realce nosso. Art. 69.º, n.º 2 do Anteprojecto. Quanto a associações de empresas coloca-se o mesmo problema de inconstitucionalidade, pois está em causa o limite de “10% do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, do conjunto de pessoas que integrem as empresas associadas” (art. 69.º, n.º 5 do Anteprojecto).

⁽¹⁴⁰⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.3.2015, proc. 204/13.6YUSTR.L1-3.

⁽¹⁴¹⁾ Assim, “[q]uando uma empresa é composta por uma pluralidade de pessoas coletivas, consubstanciando aquilo que comumente se designa como grupo económico, a responsabilidade contraordenacional é imputada à pessoa que directamente a cometeu e, igualmente, à pessoa ou pessoas que sobre ela exerçam influência determinante”. (*Exposição de Motivos*, §104).

⁽¹⁴²⁾ AdC, *Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas no âmbito do art. 69.º, n.º 8, do RJC*, § 17.

mico e não apenas em relação àquela empresa em concreto. Assim, se do cálculo da coima resultar um montante que exceda o tecto de 10%, o grupo económico de raiz nacional verá a sua coima reduzida a 10% do volume de negócios nacional, mas o grupo económico que tem uma dimensão multinacional terá um *cap* superior (e não verá a sua coima reduzida). Tendo em mente a incumbência prioritária do Estado em “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas”⁽¹⁴³⁾, as restrições de direitos, liberdades e garantias apenas poderão acontecer nas situações permitidas pela Constituição e na medida do estritamente necessário para garantia dos direitos ou interesses constitucionalmente previstos⁽¹⁴⁴⁾. Neste enquadramento torna-se clara a clivagem entre o objecto tutelado e a sanção aplicável, o que concorre para a violação do princípio constitucional de que as penas devem ser limitadas a assegurar os direitos e interesses constitucionalmente previstos.

28. Formalmente, mantêm-se os **prazos de prescrição** de 5 e 3 anos, consoante a gravidade das infracções jus-concorrenciais⁽¹⁴⁵⁾. Mas a proposta alteração das causas de suspensão/interrupção permitirá uma radical extensão dos prazos de prescrição, agravando ainda a situação já criticada antes da actual lei da concorrência: “a genérica consagração da possibilidade de uma tão longa duração de suspensão do prazo de prescrição abre espaço a que, sem dificuldade, processos contra-ordenacionais possam beneficiar de prazos de prescrição efectivos de 8 anos (nos casos, menos graves, com um prazo-base de 3 anos) ou de 10 anos e meio (nos casos, mais graves, com um prazo base de 5 anos). Prazos manifestamente excessivos tendo em conta a natureza dos processos em causa, i.e., relativos a ilícitos de mera ordenação social, sujeitos à aplicação de sanções mediante um processo estritamente administrativo, marcado pela exigência de celeridade e de economia processual, justificada pela urgência na garantia de cumprimento generalizado daquelas normas e de particular eficácia na consequente prevenção de comportamentos contra-normativos. (...) Ora, neste contexto, dificilmente se compreende um regime de prescrição que, ao invés do que resultaria das particulares preocupações de política legislativa no sentido de uma regulação da marcha de processo caracterizada por particulares restrições de tempo, antes e de modo paradoxal, privilegia

⁽¹⁴³⁾ Art. 81.º, alínea f) da CRP.

⁽¹⁴⁴⁾ Art. 18.º, n.º 2 da CRP.

⁽¹⁴⁵⁾ Art. 74.º, n.º 1 do RJC que não sofre alterações no Anteprojecto.

o prolongamento temporal do período de pendência de um processo contra-ordenacional em sede de concorrência”⁽¹⁴⁶⁾.

Segundo o Anteprojecto, a interrupção da prescrição ocorre com a notificação do acto a qualquer uma das “pessoas que possam responder pela infração em virtude de fazerem parte da mesma unidade económica”⁽¹⁴⁷⁾. Mas como a responsabilidade das pessoas colectivas é de natureza pessoal, é notoriamente excessivo que a notificação de um qualquer acto a uma qualquer pessoa colectiva — ainda que não seja a directamente investigada — possa interromper a prescrição relativamente a uma outra empresa que é investigada. Do mesmo modo, a interrupção do prazo de prescrição só poderá ocorrer com a comunicação da existência do processo, dos factos investigados e de eventuais prazos para praticar actos⁽¹⁴⁸⁾.

Igualmente criticável é a solução de suspender os prazos de prescrição na pendência dos recursos contra decisão da AdC, sem qualquer limitação temporal⁽¹⁴⁹⁾. E ainda a previsão de que o prazo de prescrição das sanções só se começa a contar a partir do dia em que se torna definitiva ou que transita em julgado a decisão que determinou a sua aplicação⁽¹⁵⁰⁾. Como alerta o Supremo Tribunal Administrativo (STA), «a suspensão da prescrição do procedimento por infração, por força de interposição de recurso judicial, sem qualquer limitação temporal, constitui um desvio ao regime de prescrição previsto no Decreto-Lei n.º 433/82, (...), constante dos arts. 27.º a 28.º, por inexistência de um prazo máximo para a atuação da pretensão punitiva, afastando-se, assim, o princípio de que “a prescrição do procedimento tem sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo da prescrição acrescido de metade, **com o inerente sacrifício dos princípios da certeza e segurança jurídicas**»⁽¹⁵¹⁾. Constatava-se, todavia, que este contributo do STA, em sede de auscultação pública, não motivou a modificação no Anteprojecto submetido ao Governo.

Novamente, trata-se de acolher causas de suspensão/interrupção que não resultam da Diretiva (UE) 2019/1 nem contribuem para uma melhor coordenação do “regime de competências paralelas”. É verdade que a

⁽¹⁴⁶⁾ JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 74.º”, *cit.*, pp. 901-902.

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 74.º, n.º 3, do Anteprojecto.

⁽¹⁴⁸⁾ A interrupção da prescrição ocorre quando é “dado conhecimento do acto àquele contra quem o direito pode ser exercido” (n.º 4 do art. 323.º do Código Civil).

⁽¹⁴⁹⁾ Art. 74.º, n.º 9, do Anteprojecto.

⁽¹⁵⁰⁾ Art. 74.º, n.º 10, do Anteprojecto.

⁽¹⁵¹⁾ Observações do STA, com o assunto “Consulta Pública sobre o anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva ECN+”, de 9.12.2019, p. 2, realce nosso.

solução se louva no art. 29.º da Diretiva (UE) 2019/1. Todavia, este supõe justamente a existência de investigações paralelas pelas autoridades nacionais e ou a Comissão Europeia, no âmbito do regime de “competências paralelas” instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. E não em casos em que apenas esteja em causa o *public enforcement* pela AdC. Como aí se lê, “[o]s Estados membros asseguram que os prazos de prescrição da aplicação pelas autoridades nacionais da concorrência de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias (...) se suspendem ou interrompem na pendência dos processos de aplicação **perante as autoridades nacionais da concorrência de outros Estados-Membros ou da Comissão**, relativamente a uma infração (...)”⁽¹⁵²⁾. E o n.º 2 liga-se ao n.º 1, dispondo que “[o]s prazos de prescrição para a aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias por parte de uma autoridade nacional de concorrência são suspensos ou interrompidos enquanto a decisão dessa autoridade nacional da concorrência for objeto de recurso pendente perante um tribunal de recurso”. Para tal, no Anteprojecto “eliminou-se a limitação temporal do período de suspensão constante no atual n.º 7 do art. 74.º da LdC bem como o n.º 4 (...)”⁽¹⁵³⁾. Todavia, à *boleia* desta norma⁽¹⁵⁴⁾, é aditado um n.º 9 ao art. 74.º do RJC, que nada tem a ver com a transposição da Directiva e estabelece uma solução que põe em causa os princípios da segurança e certeza jurídicas, e da presunção de inocência, sendo justificada por meras preocupações eficientistas de pendor unilateral. Importa antever o resultado deste prolongamento inusitado dos prazos de perseguição sancionatória das “empresas investigadas”: “de acordo com o significado jusfundamental (...) apontado à prescrição, as condições legalmente qualificadas como causas de suspensão ou de interrupção do decurso do prazo de prescrição, pelo efeito imediato que importam no prolongamento temporal da possibilidade de ilisão da presunção de inocência e na limitação da liberdade do visado/arguido, deverão ser apenas admitidas quando compatíveis com as exigências impostas à limitação válida dessa mesma liberdade pessoal asseguradas pela identificação, em cada causa de interrupção e de suspensão, de razões materiais capazes de justificar cada uma

⁽¹⁵²⁾ Não realçado no original.

⁽¹⁵³⁾ AdC, *Exposição de Motivos*, §153.

⁽¹⁵⁴⁾ Quanto à falta de uma restrição temporal máxima para a suspensão do prazo da prescrição, “manteve-se a proposta inicial de ausência de limitação pelo período de tempo em que a decisão da AdC for objeto de recurso judicial, **uma vez que se trata de uma opção do legislador da União que o legislador nacional não pode afastar**” (Relatório sobre a Consulta Pública, de 31.3.2020, §79, nosso realce). Nada de mais errado e que foi objecto de ampla contestação nas observações dos intervenientes da Consulta Pública.

delas como razão atendível para aquela limitação e para o consequente prolongar da ameaça de sanção”⁽¹⁵⁵⁾. A consequência será, ainda mais, a de tornar o regime da prescrição “em instrumento eficaz (...) de suprimento de possível ineficácia administrativa na perseguição do incumprimento de regras de concorrência, mediante a fácil convalidação do prazo-regra de prescrição de cada processo contra-ordenacional no mais generoso regime supletivo (...) bem longe dos, comparativamente, modestos prazos-regra de 3 ou de 5 anos, contados corridos”⁽¹⁵⁶⁾.

E tanto mais quanto a suspensão dá-se “sem qualquer limitação temporal”, numa espécie de suspensão *ad aeternum* que vai contra a regra do RGCO, segundo a qual a pendência de um recurso judicial “não pode ultrapassar seis meses”⁽¹⁵⁷⁾, pondo em causa os direitos fundamentais consagrados na Constituição, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou na Carta dos Direitos Fundamentais. Como refere o Conselho Superior da Magistratura, “não só o legislador nacional vai para além da Directiva, como se suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade desta norma, considerando a inexistência de limite temporal à suspensão da prescrição do procedimento contra-ordenacional nos casos aí previstos. Consta-se que este regime se apresenta mais gravoso do que o previsto no art.º 120.º, n.º 1 al. e), n.º 4 e n.º 5 do Código Penal, o que é manifestamente contrário aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico nacional, não devendo o regime contra-ordenacional ser mais gravoso para o arguido do que o regime penal”⁽¹⁵⁸⁾. O regime da prescrição e suas suspensões/interrupções viola ainda o art. 3.º, n.º 3 da Directiva⁽¹⁵⁹⁾ que, em linha com o art. 6.º, n.º 1, da CEDH, determina que “[o]s Estados membros asseguram que os processos de aplicação perante as autoridades nacionais da concorrência são conduzidos dentro de um prazo razoável”⁽¹⁶⁰⁾. Tão mais chocante é quanto, se mesmo contra crimes se consagram na lei limites à suspensão de prazos prescricionais⁽¹⁶¹⁾, não é razoável que, em contra-ordenações, seja simplesmente afastada a fixação de um prazo-limite de prescrição que

⁽¹⁵⁵⁾ JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 74.º”, *cit.*, p. 894.

⁽¹⁵⁶⁾ *Idem*, pp. 896-897.

⁽¹⁵⁷⁾ Art. 27.º-A, n.º 2 do RGCO.

⁽¹⁵⁸⁾ Parecer do CSM, de 19.12.2019, “Alterações legislativas decorrentes da transposição da Directiva n.º 2019/1/UE, proc. 2019/GAVPM/4141, p. 5.

⁽¹⁵⁹⁾ Contrariando mesmo expressamente a mesma ideia, expressa no considerando 14 da Directiva.

⁽¹⁶⁰⁾ Como refere MARIA BENEDITA URBANO, na contagem do tempo “interessa sobretudo a identificação dos tempos inúteis” («43. Duração excessiva do processo», *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, *cit.*, vol. II, pp. 965-979).

⁽¹⁶¹⁾ Art. 120.º, n.º 2 do Código Penal.

confira certeza e segurança jurídica às empresas visadas. Nas palavras do Tribunal Constitucional, “(...) se, por um lado, o legislador se apresenta como um lutador contra a eventual morosidade processual e um defensor do estabelecimento de uma «paz social» resultante de um desejo de se evitar uma possível eternização dos processos, que se manteriam sempre pendentes se fossem sendo praticados diversos actos judiciais e processuais geradores do efeito interruptivo da prescrição, como se acha determinado para os crimes, por outro, não faz sentido que, para ilícitos de menor gravidade, como o são as contra-ordenações, se venha ou possa vir a apresentar como um defensor da lentidão da justiça, como um partidário de uma possível ineficiência da Administração em conseguir resolver os problemas ligados à prescrição do procedimento das coimas, por considerar não ser aplicável ao respectivo regime o quadro muito mais apertado previsto para os crimes e que ele próprio, legislador, veio também entender ser aplicável à prescrição das «coimas»”(162).

Conclusão

29. Não foi possível abordar boa parte das temáticas⁽¹⁶³⁾ que são suscitadas pela revisão do RJC⁽¹⁶⁴⁾, a pretexto da transposição da Diretiva (UE) 2019/1. Não se exclui a legitimidade do legislador em rever o RJC com a amplitude que pretender. Mas a metodologia e as alterações propugnadas são, porventura, excessivas e deslocadas de uma reflexão serena e crítica sobre as soluções do actual RJC, por contraposição ao escopo relativamente modesto da Diretiva (UE) 2019/1, como refere Wouter Wils⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶²⁾ Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 6/2001, de 8.3.2001, publicado em Diário da República n.º 76/2001, Série I-A de 30.3.2001.

⁽¹⁶³⁾ Por exemplo, não foi escrutinado um sem número de matérias que o Anteprojecto modifica estruturalmente e de modo significativo: pedidos de elementos; inquirições de pessoas colectivas e singulares (incluindo durante as buscas, sobre factos ou documentos relacionados com a infracção); procedimentos de clemência, de transacção e arquivamento mediante imposição de condições; elaboração de versões não confidenciais e respectivo acesso por parte de co-visadas e de terceiros; recursos judiciais e seus efeitos (em que se arrepiou caminho face à solução proposta em discussão pública, que era a de retomar a solução tradicional, conferindo efeito suspensivo aos recursos de decisões condenatórias, e que foi apoiada pela generalidade dos participantes na Consulta Pública); sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de contratação pública por parte de qualquer pessoa que integre a empresa infractora (na aceção ampla do art. 3.º do RJC); etc.

⁽¹⁶⁴⁾ Já para não falar dos restantes diplomas que são alterados para além do RJC: Estatutos da AdC, CPP, Código dos Contratos Públicos e Lei de Enquadramento Orçamental.

⁽¹⁶⁵⁾ Segundo WOUTER WILS, “one could of course ask the question whether, in the interest not

Esperemos que este contributo possa lançar algumas pistas para o desejável debate sobre a harmonização entre as preocupações de maior eficácia e celeridade na tramitação dos processos com a salvaguarda dos princípios. Na esteira de Dworkin, fazemos nossa a ideia de que “os princípios são directivas que se impõem, não porque promovam ou garantam finalidades económicas ou sociais, mas porque são exigências de justiça, de equidade ou de outra dimensão do senso moral, que os tribunais não podem deixar de tomar em consideração; os tribunais devem ser o lugar dos princípios”⁽¹⁶⁶⁾.

only of the efficient functioning of the ECN but also of equal treatment of complainants throughout the EU, the status and rights of complainants should not be fully harmonised for all authorities within the ECN. That would however go beyond the relatively modest ECN+ Proposal, but could conceivably be a further step for the future” (“Competition Authorities: Towards More Independence and Prioritisation? — The European Commission’s ‘ECN’ Proposal for a Directive to Empower the Competition Authorities of the Member States to Be More Effective Enforcers”, 26.6.2017, King’s College London Law School Research Paper No. 2017-39, p. 45, disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3000260>>).

⁽¹⁶⁶⁾ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «53. Princípios do processo penal português e a Convenção», *Comentário, cit.*, p. 1141.