



ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS EMITENTES DE VALORES COTADOS EM MERCADO

**RESPOSTA À CONSULTA PÚBLICA PROMOVIDA PELO GOVERNO PORTUGUÊS
SOBRE A PROPOSTA DE LEI DE NOVO
REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA**

DEZEMBRO 2011

§ 1.º INTRODUÇÃO

1. A AEM - Associação de Empresas Emitentes de Valores Cotados em Mercado apresenta os seus comentários no processo de consulta promovido pelo Governo português em matéria de Regime Jurídico da Concorrência.

A Associação, que conta, entre os seus membros fundadores, com a totalidade das empresas e grupos emitentes representados no índice bolsista português mais importante – o PSI-20, bem como, com um significativo conjunto de empresas representadas no PSI-Geral, foi constituída em Dezembro de 2010 e iniciou o seu funcionamento efectivo, após um breve processo de instalação, no início de Maio de 2011.

A Associação tem como objectivo central e primeiro contribuir para o bom desenvolvimento de um mercado de capitais nacional moderno, transparente e sustentável, que constitua uma fonte de financiamento relevante e possa servir de alicerce para o aumento da competitividade das empresas portuguesas e para o crescimento económico do país.

A constituição da AEM veio suprir uma importante lacuna do sistema institucional português o qual carecia de uma organização de natureza privada com aptidão para promover a reflexão sobre o desenvolvimento e modernização do mercado de capitais português, e que pudesse representar a voz comum e o interesse colectivo das empresas emitentes de valores mobiliários, e dos seus accionistas, nomeadamente, mediante a expressão pública de opiniões e posições.

Neste contexto, a AEM tem vindo a desenvolver extensa actividade de representação das empresas emitentes e do mercado de capitais nacional: a Associação é membro da European Issuers, entidade que representa os interesses das empresas emitentes junto das instâncias comunitárias (e de cujo Conselho Directivo, o Director Executivo da AEM é membro), e tem assento no Conselho Consultivo da CMVM, tendo igualmente estabelecido os indispensáveis contactos formais com o Governo e com os Grupos Parlamentares dos diferentes partidos políticos, e Comissões Parlamentares relevantes na Assembleia República, bem como, com o Banco de Portugal, a NYSE Euronext e outras infra-estruturas, para além de um alargado conjunto de outras entidades com relevância na definição e implementação das políticas enformadoras do nosso mercado de capitais, e com as

quais a AEM se encontra já a concretizar uma prática de cooperação institucional sistemática.

2. O presente documento encontra-se estruturado de modo a apresentar, preliminarmente, observações gerais sobre o texto da consulta pública (§ 2.º). Seguidamente serão expostos os nossos comentários detalhados sobre a Proposta de Lei apresentada (§ 3.º).

§ 2.º OBSERVAÇÕES GERAIS

3. No comunicado que o Governo fez publicar, a propósito da Consulta aqui em causa, além de se reconhecer que o enquadramento regulatório proposto visa cumprir medidas (em particular, a medida 7.19 ii) constantes dos memorandos de entendimento entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, o que, compreende-se bem, não é aspecto despiciendo na justificação da iniciativa agora apresentada, explica-se que “a economia portuguesa necessita de mais concorrência nos seus mercados de bens e serviços de modo a potenciar maior crescimento económico, aumento do emprego e reforço da competitividade das empresas”.

A AEM considera que a economia portuguesa carece de uma Política de Concorrência que seja ela própria indutora da competitividade das empresas e da confiança dos diversos agentes económicos, e, nesses termos, manifesta a sua concordância com o princípio acima enunciado, concordando igualmente com o objectivo de dissuasão dos comportamentos anticoncorrenciais e de reforço da aplicação efectiva e célere das regras de concorrência aos mesmos.

Do mesmo modo, a AEM considera como positiva a operacionalização de um Tribunal especializado de regulação, concorrência e supervisão.

E, no plano dos princípios, não se contesta a eventual necessidade de reforço de determinados poderes da Autoridade da Concorrência, relacionados com aspectos específicos da sua actuação, quando devidamente fundamentados e justificados e, naturalmente, desde que acompanhados pelas indispensáveis garantias dos direitos dos potenciais visados por essa actuação, no respeito pela Constituição da República Portuguesa e pelos princípios legais fundamentais vigentes, designadamente, em matéria de processo contra-ordenacional

4. Sem prejuízo, a AEM entende que em matéria de regulação, em geral, deve o Estado e seus agentes procurar manter um equilíbrio adequado entre, por um lado, o espaço de autonomia de cada organização societária ou empresa, o estímulo à concorrência e competitividade do mercado, e a garantia da estabilidade do sistema jurídico, e, por outro lado, a intervenção legislativa, ou regulamentar, a qual deve confinar-se a uma função residual e excepcional em benefício do bom desenvolvimento, designadamente, do mercado de capitais e da actividade das empresas que nele marcam presença.

Constitui firme convicção da AEM que, tanto ao nível europeu como, principalmente, em Portugal, onde se verifica uma situação de sobrepeso regulatório, é imprescindível diminuir a actual carga regulatória sobre os regulados e evitar que o espaço auto-conformador das empresas emitentes seja adicionalmente tolhido.

De facto, os excessos regulatórios conduzem a custos e prejuízos desmesurados para as empresas emitentes, sem correspondência em benefícios concretos para os accionistas e investidores, aliás, reduzindo as oportunidades de investimento ao dispor dos investidores, dificultando a circulação de capital, e afectando de forma relevante a obtenção de financiamento pelas empresas e, entre outros efeitos, retardando as perspectivas de crescimento do país.

5. Neste contexto, e na medida em que representa as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal, a AEM dá a maior importância aos temas relacionados com a matéria da concorrência.

Na verdade, as empresas emitentes encontram-se já numa posição de desvantagem, em relação aos seus concorrentes, tanto a nível nacional como em termos internacionais, pois, a circunstância de emitirem valores mobiliários em mercado aberto faz com que sejam prejudicadas por um contexto de acrescido sobrepeso regulatório o qual, de forma muito significativa, condiciona a sua actividade e o desenvolvimento do seu negócio.

Estas considerações apresentam particular oportunidade no momento actual, em que Portugal, à semelhança de outros países europeus, atravessa uma crise financeira que obrigou nomeadamente, a um pedido de financiamento do Estado português ao Fundo Europeu de Estabilização Financeira, e em que se afigura indispensável assegurar as melhores condições possíveis para o desenvolvimento da actividade empresarial e, por essa via, do crescimento económico do país.

6. No momento actual, mostra-se, assim, ainda mais imperioso evitar um sobrepeso regulatório que se concretize à custa da competitividade das empresas e da sua capacidade de gerar crescimento económico, emprego e progresso social, quer esse sobrepeso resulte do processo de elaboração e publicação de mais regulamentação, quer o mesmo advenha da interpretação e aplicação dessa regulamentação por autoridades administrativas dotadas de uma quantidade excessiva de poderes e não sujeitas a mecanismos rigorosos de controlo e fiscalização da respectiva actuação.

Neste ponto, deve ainda acrescentar-se, é entendimento desta Associação que a aprovação de quaisquer textos legislativos deve ser, sempre, precedida de uma demonstração da respectiva necessidade, devendo, igualmente, limitar-se à intervenção mínima para resolver falhas no funcionamento do mercado comprovadamente detectadas.

E, em qualquer caso, nestes domínios, a iniciativa legislativa apenas deve incidir em áreas nas quais estudos de custo/benefício demonstrem um saldo inequivocamente positivo.

Ora, no caso vertente, a Proposta de Lei não se faz acompanhar de qualquer acervo documental que permita conhecer da análise custo/benefício realizada, da prática (e seus resultados) da aplicação da Lei da Concorrência vigente (por exemplo, no sentido de permitir cotejar a pertinência da modificação de determinadas soluções e da permanência de outras), ou, ainda, aspecto que se revelaria fundamental no caso presente, do histórico da impugnação de decisões da autoridade administrativa competente, ainda que se saiba que um elevado número daquelas decisões foram revogadas ou substancialmente alteradas (nomeadamente por via da redução das coimas aplicadas) pelos tribunais competentes.

7. Mas, mais grave do que o já apontado, a AEM regista, com preocupação, o intuito de fundo subjacente à Proposta de Lei agora em consulta pública, qual seja, o da multiplicação exacerbada e injustificada dos poderes da autoridade administrativa com competência sectorial na matéria da concorrência, e a correspondente, e igualmente injustificada, ausência e supressão dos deveres e obrigações a que a mesma deve encontrar-se sujeita, sem paralelo no reforço, que seria indispensável, dos direitos de defesa das empresas e outras entidades visadas.

De facto, a principal marca da proposta aqui em análise é a do profundo desequilíbrio, processual mas também substancial, do texto em análise, em total e

completo desfavor dos direitos de defesa dos eventuais arguidos, e com potencial grave prejuízo para a respectiva esfera jurídica.

Conforme adiante se demonstra com maior detalhe, este desequilíbrio é particularmente notório nas matérias, fundamentais, relativas ao princípio da oportunidade, ao efeito devolutivo dos recursos, às disposições em matéria de procedimentos de busca e apreensão e à *reformatio in pejus*.

Mas, sem prejuízo, este patente desequilíbrio perpassa muitos outros aspectos do diploma, de que é igualmente exemplo paradigmático a repetida consagração de prazos de defesa escassos, exíguos ou materialmente inexistentes.

E, por outro lado, a Proposta de Lei não cuida de resolver o problema, por diversas vezes notado e que apresenta particular relevância para as empresas emitentes de valores cotados em mercado, da dificuldade de articulação entre as várias autoridades de supervisão, nomeadamente no que respeita ao leque de competências de cada uma, à delimitação das respectivas áreas de actuação e à identificação, clara e sem margem para dúvidas, de quais os operadores, e circunstâncias, sujeitos à supervisão de cada autoridade.

8. Face ao exposto, a AEM considera que,

- a. É verdade que a economia portuguesa carece de uma Política de Concorrência que seja ela própria indutora da competitividade das empresas e da confiança dos diversos agentes económicos, de modo a potenciar maior crescimento económico, aumento do emprego e o reforço da competitividade das empresas.**
- b. Admitindo a AEM que para o desiderato acima referido podem concorrer, dependendo da forma como forem esboçados e concretizados, a dissuasão de determinados comportamentos anticoncorrenciais, a operacionalização de um Tribunal especializado de regulação, concorrência e supervisão, ou o reforço de determinados poderes da Autoridade da Concorrência.**
- c. Porém, nesta matéria como em qualquer outra, a intervenção normativa deve cingir-se ao estritamente necessário para a resolução de problemas concretos, e concretamente existentes, mediante análise aturada da legislação vigente, das dificuldades verificadas na sua aplicação, e das diferentes soluções possíveis, a final, elegendo as formas mais equilibradas e adequadas de acolher no ordenamento jurídico as soluções identificadas.**

- d. E, também em matéria de Concorrência como em qualquer outra, a intervenção normativa deve respeitar, entre outros, princípios de necessidade (o acto normativo só deve ser adoptado se for absolutamente essencial para a aplicação de uma determinada política, ou seja, se uma solução não-normativa não estiver disponível), de proporcionalidade (o acto normativo deve basear-se num equilíbrio entre as vantagens que oferece e os condicionamentos que impõe, designadamente, medidos por uma metodologia de análise custo/benefício) e de responsabilidade (a legislação existe para resolver certo problema; os poderes das autoridades existem para resolver certos problemas).
- e. Nestes termos, e tendo em vista evitar situações de multiplicação injustificada de regras e procedimentos, inúteis, que resultem em obrigações e custos adicionais para as empresas, que dessa forma se vêm colocadas em situação de desvantagem competitiva, a nível nacional e internacional, teria sido imprescindível realizar a indispensável avaliação legislativa que permitisse identificar soluções objectivas, justas, equilibradas, fiáveis, e controláveis.
- f. Não se vislumbra que a Proposta de Lei tenha acolhido, no seu processo de concepção e redacção, os princípios acabados de enunciar: não existe evidência da correlação positiva (indispensável mas, de facto, inexistente) entre as medidas preconizadas e a melhoria da concorrência e da competitividade no mercado nacional, ou, sequer, qualquer tipo de análise de custo-benefício ou da eficiência e pertinência do regime jurídico vigente.
- g. Ora, a Proposta de Lei em apreço, possivelmente por razão da ausência de uma séria avaliação prática dos problemas que pretende resolver, e de uma verdadeira avaliação legislativa, *ex ante* e *ex post*, mostra-se influenciada, e prejudicada, por uma visão fragmentada, enviesada e parcial dos objetivos que determinam a sua feitura, circunstância que tem, depois, ampla tradução nos profundos desequilíbrios que a caracterizam e que impedem que possa vir a integrar-se harmoniosamente no ordenamento jurídico vigente.
- h. Esses desequilíbrios são particularmente notórios na dicotomia que se estabelece entre, por um lado, os poderes (reforçados) da Autoridade da Concorrência e, por outro lado, as respectivas obrigações e deveres

- (ausentes ou suprimidos) e os direitos de defesa dos potenciais visados (fragilizados ou esmagados).
- i. De facto, e sendo certo que se aceita como possível a necessidade de reforço de determinados poderes da Autoridade da Concorrência, relacionados com aspectos específicos da sua actuação, quando devidamente fundamentados e justificados e, naturalmente, desde que acompanhados pelas indispensáveis garantias dos direitos dos potenciais visados por essa actuação, no respeito pela Constituição da República Portuguesa e pelos princípios legais fundamentais vigentes, a Proposta de Lei vem conferir à autoridade administrativa com competência sectorial na matéria da concorrência um conjunto de poderes excessivos, tanto na forma como na substância do respectivo exercício.
 - j. O referido desequilíbrio é particularmente notório em matéria de princípio da oportunidade, efeito devolutivo dos recursos, disposições em matéria de procedimentos de busca e apreensão, prazos de defesa, e *reformatio in pejus*.
 - k. E esse desequilíbrio é tanto mais grave quanto se faz acompanhar por uma injustificada ausência e supressão dos deveres e obrigações a que a autoridade administrativa deve sujeitar-se, bem como, pela ausência e supressão dos direitos de defesa e da tutela judicial efectiva das empresas e outras entidades potencialmente visadas, e até, nalguns casos, do puro e simples alheamento de regras essenciais do Estado de Direito.
 - l. Termos em que a AEM entende apresentar um conjunto vasto de propostas concretas de alteração da Proposta de Lei, devidamente justificadas e fundamentadas.
 - m. Por último, acrescente-se que, mercê da visão fragmentada e parcial que lhe está subjacente, a Proposta de Lei acaba por não abranger potenciais modificações com relevo para o bom funcionamento dos mercados e para o reforço da competitividade das empresas, por exemplo, não cuidando de adaptar aspectos específicos da sua regulamentação em atenção à especificidade das circunstâncias de actuação e desenvolvimento da actividade das empresas cotadas. Também nessa matéria, a AEM apresenta propostas concretas,

devidamente explicadas e justificadas, no final do presente documento.

§ 3.º COMENTÁRIOS À PROPOSTA

A. Proposta de Lei que aprova o novo Regime Jurídico da Concorrência

9. A AEM discorda da sistemática do diploma por considerar que a mesma, além de contrária às boas regras de legística, resulta dificilmente compreensível para os cidadãos em geral e para os operadores jurídicos em particular.

De facto, a separação em “Lei de aprovação” e diversos Anexos não parece justificada por qualquer razão com relevo substancial.

10. Nestes termos, deve ser dispensada a estrutura em anexos, transferindo-se igualmente as disposições da “Lei de Aprovação”, que devam manter-se, para o corpo da lei, o “Regime Jurídico da Concorrência”, o qual integrará igualmente o conteúdo do proposto Anexo II.

Como exemplo, o actual artigo 4.º da Proposta de Lei, na parte em que deva manter-se, seria transferido para o final do “Regime Jurídico da Concorrência” sob a epígrafe de “Disposições finais e transitórias”, de acordo com as regras de legística aplicáveis.

Do mesmo modo, o actual artigo 5.º deve ser incluído nas “Disposições Finais e Transitórias” do “Regime Jurídico da Concorrência”, havendo o cuidado de referir de forma expressa as normas que alteraram ou revogaram disposições da Lei n.º 18/2003.

Porém, caso, contra a nossa opinião, seja entendido manter a actual estrutura do diploma, sugere-se a seguinte redacção para o respectivo artigo 1.º:

1 – A presente lei aprova o Regime Jurídico da Concorrência, que constitui o Anexo I à presente lei e que dela é parte integrante.

2 – A presente lei aprova o Regime Jurídico da dispensa e da redução do montante da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas da concorrência, que constitui o Anexo II à presente lei e dela é parte integrante.

11. No que respeita ao actual artigo 6.º da Proposta de Lei, cumpre apresentar dois tipos de considerações.

Em primeiro lugar, têm aplicação neste ponto as reservas acabadas de enunciar em matéria de prática legislativa, pelo que também este receita deverá ser incluído nas “Disposições Finais e Transitórias” do “Regime Jurídico da Concorrência”.

Em segundo lugar, e na medida em que está em causa a questão essencial, da aplicação da lei no tempo, deverá assegurar-se o cumprimento escrupuloso do princípio, consagrado no art. 3.º, n.º 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações, de aplicação da lei mais favorável, o qual não parece ter sido considerado na proposta em apreço.

Nestes termos, e sem prejuízo da respectiva inclusão no lugar adequado do “Regime Jurídico da Concorrência” pelas razões acima explicadas, sugere-se a seguinte redacção:

1 – A presente lei aplica-se aos processos de contra-ordenação cujo inquérito seja aberto após a sua entrada em vigor.

2 – A presente lei aplica-se às operações de concentração que sejam notificadas à Autoridade da Concorrência após a sua entrada em vigor.

3 – A presente lei aplica-se aos estudos, inspecções e auditorias cuja realização seja deliberada pelo Conselho da Autoridade da Concorrência após a sua entrada em vigor.

4 – A presente lei aplica-se aos pedidos apresentados de isenção ou redução especial da coima apresentados à Autoridade da Concorrência após a sua entrada em vigor.

12. No que respeita ao actual artigo 8.º da Proposta, e sem prejuízo da respectiva inclusão no lugar adequado do “Regime Jurídico da Concorrência” pelas razões acima explicadas, sugere-se a seguinte redacção:

1 – Até à instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência referidas nos artigos 74.º, 75.º, 76.º e 82.º, bem como da decisão ministerial referida no artigo 82.º, todos do Regime Jurídico da Concorrência, cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

2 – Até à instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, das decisões referidas nos artigos 79.º e 83.º do Regime Jurídico da Concorrência, cabe recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

B. Anexo I – “Regime Jurídico da Concorrência”

14. No que respeita ao artigo 2.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, sugere-se a seguinte redacção:

1 – A presente lei é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.

2 – Sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, a presente lei é aplicável à ~~promoção~~ e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos.

15. No que respeita ao artigo 3.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, contesta-se a introdução de um novo critério para determinar a existência de uma única empresa: o “poder de gerir negócios”, constante do art. 3.º, n.º 2, al. d); o referido critério, o qual na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, apenas é mencionado, no artigo 10º, n.º 1, al. b), para efeitos de cálculo da quota de mercado e do volume de negócios, afigura-se, no nosso entendimento, vago e indeterminado, pelo que, face à importância da matéria em causa, importa suprimi-lo ou, caso se entenda mantê-lo, proceder à respectiva densificação (note-se, a propósito, a repetição do conceito e, portanto, da questão aqui enunciada, no art. 38.º, n.º 1, al. b) (iv).

16. Nos termos do artigo 6.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, em articulação com o art.º 15.º, a Autoridade da Concorrência (doravante, AdC) passa a poder exercer os seus poderes sancionatórios sempre que razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência o aconselhem.

E, embora esteja obrigada a anunciar todos os anos as suas prioridades para a política de concorrência, a AdC pode abster-se de dar seguimento a denúncias e de abrir inquéritos, ou pode prosseguir-los contra uns concorrentes e não contra outros.

Está em causa o princípio da oportunidade.

Ora, o princípio da oportunidade pode e deve manifestar-se na fase decisória do procedimento, podendo conduzir à prolação de decisão “condenatória” ou ao arquivamento do processo, com eventual aplicação de injunções (“condições” ou “compromissos”, na terminologia do projecto de proposta)

Porém, sob pena de a oportunidade se converter em arbitrariedade, e de poder ocorrer violação dos princípios da igualdade e da legalidade (este último classicamente associado à tutela constitucional do direito sancionatório), a aplicação daquele princípio não deve estender-se até à decisão de iniciar ou não procedimento/inquérito.

De facto, as entidades com competência para instaurar procedimentos contra-ordenacionais e/ou criminais estão sujeitas ao princípio da legalidade, na medida em que são obrigadas a desencadear os respectivos processos sempre que tenham conhecimento da prática de uma contra-ordenação ou crime (embora, quanto à matéria criminal, a instauração do procedimento possa estar dependente, em alguns casos, da apresentação de queixa ou de acusação particular).

Nestes termos, outorgar à AdC o poder de decidir arbitrariamente sobre a instauração de processos contra-ordenacionais, configura a atribuição de uma prerrogativa que desequilibra, manifestamente, os poderes instituídos, tornado esta autoridade menos sindicável e, por essa via, menos responsável (no sentido de *less accountable*).

Em qualquer caso, afigura-se indispensável proceder à densificação dos critérios de oportunidade.

17. No que respeita ao artigo 3.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, importa considerar o disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 66º do mesmo Projecto.

Este último preceito configura uma norma contra-ordenacional primária ou remissiva, já que não indica em si mesmo o comportamento que é imposto ou proibido ao agente.

Esse comportamento só vem a ser enunciado em disposição normativa diversa da contra-ordenacional, para onde, por meio de uma fórmula de remissão, o legislador encaminha o intérprete-aplicador.

Tal disposição normativa, ou “pré-tipo”, é precisamente a que deverá constar do artigo 9.º em preceito.

Na verdade, e conforme preceitua o artigo 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

Trata-se, como é sabido, da consagração do princípio *nullum crimen sine lege praevius*, de valor absoluto, porque fundado na dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Portuguesa, conforme o artigo 1.º da Constituição.

Implica aquele princípio (da legalidade) que a norma penal (e, por extensão, contra-ordenacional) é sempre uma norma em sentido formal e material, emanando, portanto, do órgão legislativo primário, directa ou indirectamente.

E uma das vertentes do princípio da legalidade é o princípio da tipicidade, segundo o qual a norma penal (ou contra-ordenacional), no seu preceito primário, deve descrever o facto punível através de expressões de sentido determinado ou, pelo menos, determinável.

De facto, se a previsão da norma penal contivesse expressões de sentido indeterminado e indeterminável, tal significaria deixar ao critério do julgador a criação da norma penal, em violação do disposto no citado artigo 29.º, n.º 1 da Constituição.

A esta luz, entendemos que a falta de densificação do critério de “posição dominante”, ainda que por expressa remissão para norma comunitária, fere o aludido princípio da legalidade (ou o seu subprincípio da tipicidade).

18. No que respeita ao artigo 10.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, suscitam-se dúvidas quanto à manutenção da figura aí em causa (“abuso de dependência económica”).

A pertinência de tal manutenção deveria ser justificada com base no conhecimento da aplicação que da mesma tem sido feita pela AdC desde 2003.

Acresce que o n.º 2 do preceito em apreço introduz uma alteração relevante, na medida em que passa a remeter directamente para o elenco dos comportamentos considerados na apreciação da figura do abuso de posição dominante, o que confere um conteúdo bastante diferente à norma.

Nestes termos, às dúvidas quanto à justificação para a manutenção da figura devem acrescentar-se as dúvidas quanto à justificação e utilidade da alteração acabada de mencionar.

19. No que respeita ao artigo 12.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, faz-se notar o carácter excessivamente reduzido do prazo supletivo do respectivo n.º 1 (apenas 5 dias úteis), e, quanto ao respectivo n.º 3, a exigência de o pedido de prorrogação ser feito “até ao termo da metade do prazo inicial”, não apenas consubstancia igualmente um prazo excessivamente curto mas pode conduzir ao

esvaziamento da disposição mercê da obrigação de apresentação até ao termo de metade do prazo inicial (tenha-se em conta que, na maior parte das situações, apenas na fase final do prazo a empresa arguida se apercebe da necessidade de beneficiar de maior prazo, o que raramente acontece na primeira metade de qualquer prazo).

Relativamente ao n.º 3 acabado de mencionar, cumpre ainda acrescentar que, os respectivos termos são susceptíveis de gerar confusão: atente-se, por exemplo, na dúvida quanto ao significado de “termo de metade do prazo inicial” quando estejam em causa prazos fixados em número ímpar (neste caso, metade de cinco dias será dois dias e meio?).

E, ainda quanto a este n.º 3, não se vislumbra razão de substância que justifique a limitação do número de pedidos de prorrogação de prazos fixados legalmente ou por decisão da Autoridade da Concorrência, pelo que essa limitação deve ser suprimida.

Finalmente, não são fixados prazos para a prática de actos por parte da AdC, nem se esclarece se esta pode prorrogar prazos que a lei expressamente qualifica como máximos.

É nosso entendimento que, à semelhança do que ocorre em relação aos eventuais arguidos, e às autoridades judiciárias, também as autoridades administrativas, e no caso particular a AdC, devem ser sujeitas ao cumprimento de prazos.

Cumprindo acrescentar, por último, que não se compreende qual a razão que justifica a proibição de recurso quanto às decisões da AdC que recuse a prorrogação de prazo, pelo que a mesma deve ser suprimida, admitindo-se a interposição de recurso de tal decisão.

20. No que respeita ao artigo 13.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, chama-se a atenção para o evidente problema de conflito de interesses resultante da atribuição à mesma autoridade administrativa de poderes de regulação, de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios.

De facto, a questão do exercício pela mesma entidade de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios e a concatenação da obrigatoriedade de prestar informação com o princípio da não auto-incriminação, representa uma fragilidade do actual sistema de regulação e supervisão actual o qual não garante suficientemente os direitos de qualquer visado por processos sancionatórios.

O tema tem ocupado o Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, e o Tribunal da Relação de Lisboa, designadamente a propósito de decisões de outras

autoridades administrativas e está longe de ter obtido o consenso da jurisprudência e da doutrina especializadas, pelo que, as soluções vertidas no presente Regime devem, a este propósito, ser objecto de mais completa reflexão e correcção.

Ao exposto, deve acrescentar-se que não se vislumbra justificação para a redução do prazo previsto no n.º 2 (prazo de 15 dias úteis), o qual é actualmente de 30 dias úteis.

21. No que respeita ao artigo 14.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, e admitindo que o significado da remissão operada no n.º 5 é o de que as decisões referidas no n.º 3 são sempre também notificadas ao visado, há apenas a assinalar o facto de faltar, no mesmo n.º 3, a referência à decisão de absolvição.

22. O artigo 15.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, bem como as disposições subsequentes, prevê o desenvolvimento do processo contra-ordenacional através de duas fases, uma introdutória denominada de inquérito, e outra sequencial qualificada de instrução.

Este modelo, aparentemente construído por recurso ao funcionamento do processo penal, não se mostra adaptado ao processo contra-ordenacional.

Na verdade, não compreendemos quais os valores e interesses que se pretende salvaguardar através da cisão do processo de contra-ordenação numa (primeira) fase em que a entidade instrutora se reserva amplos poderes de recolha de prova e construção da acusação, sem que o futuro arguido sequer possa intervir como arguido, e numa (segunda) fase na qual já com a prova coligida, ou recolhida, de modo praticamente irrestrito, se procede à constituição do “visado” como arguido (cfr. o artigo 22º, n.º 1, al. a)) e, apenas então, se lhe concede o direito a saber de que matéria vem acusado e a defender-se.

Tanto quanto nos é dado conhecer, em nenhum outro procedimento contra-ordenacional do ordenamento jurídico português se prevê esta dicotomia e a atribuição à entidade instrutora de poderes quase irrestritos na fase de construção da acusação.

Contesta-se, por essa razão, o modelo proposto.

Ainda no tocante ao preceito em análise e em particular no que respeita ao respectivo n.º 4, parece-nos constituir uma limitação desnecessária (e, aliás, aparentemente não aplicável às entidades referidas no n.º 3 do mesmo artigo mas apenas a todos as outras pessoas ou entidades) a exigência de a denúncia apenas

poder ser apresentada de acordo com o formulário aprovado pela Autoridade da Concorrência e publicitado na sua página electrónica.

Tal formalismo não só não promove a apresentação de denúncias como, pelo menos em termos formais, parece poder dar azo a que (sobretudo se estiver respaldada no princípio da oportunidade) a AdC possa recusar a apreciação de denúncias pelo simples facto de o referido formulário não ser usado ou não estar correctamente preenchido.

Face ao exposto, o recurso ao referido formulário deverá ser preferencial mas não uma condição *sine qua non* de apresentação da denúncia.

Na análise do artigo 15.º importa, igualmente, ter em consideração o que acima se deixou dito a propósito da necessária limitação do princípio da oportunidade.

23. No que respeita ao artigo 16.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, é incompreensível a eliminação da clarificação sobre os deveres a que se encontram sujeitos os órgãos e funcionários da AdC, a qual consta, actualmente, do artigo 17.º da Lei da Concorrência (LdC).

Aparentemente, com a nova Proposta pretende-se que, embora gozando (de um universo substancialmente alargado) de poderes, a AdC deixe de estar sujeita a quaisquer deveres, o que revela, de forma significativa, a lógica de desequilíbrio que perpassa todo o diploma.

Por outro lado, este artigo 16.º confere à AdC um conjunto de poderes muito extensos e absolutamente inadequados no contexto dos procedimentos de natureza contra-ordenacional que estão em causa, suscitando mesmo, em nossa opinião, problemas de constitucionalidade do regime proposto.

A este propósito, cumpre recordar que o artigo 42.º do Regime Geral das Contra-Ordenações estabelece, de modo claro, as fronteiras que devem ser reconhecidas no processo contra-ordenacional relativamente à recolha de prova e às medidas instrutórias.

Ora, não se vislumbra que razão pode afastar a necessária aplicação deste comando do processo contra-ordenacional nas situações de infracção em matéria de concorrência.

Enfatiza-se: os valores públicos a prosseguir ou a defender no processo contra-ordenacional não justificam, a nenhuma luz, a realização do tipo de diligências aqui em causa, as quais se mostram particularmente abusivas e que, mesmo no âmbito do processo penal, são extremamente conformadas e reguladas.

Nesse sentido, consideramos que devem ser eliminadas todas as medidas que não se encontrem compreendidas no âmbito do citado art. 42.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, e designadamente, as als. c) e d) do n.º 1, e os números 2, 3, 4 e 7 do artigo 16.º, bem como os arts. 17.º, 18.º e 19.º do Regime proposto.

Neste ponto, importa ainda salientar a “originalidade” da figura do juiz de instrução prevista nos arts. 17.º, 18.º e 19.º; na verdade, tanto quanto nos é dado conhecer, o Direito português não prevê em nenhum outro caso a intervenção de um juiz de direito criminal na instrução de um processo de contra-ordenação.

Acresce que,

A expressão “entre outros” do artigo 16.º, n.º 1, deve ser eliminada: a existirem outros poderes estes deverão ser integralmente enumerados e tipificados.

E, deve clarificar-se que, quando seja ordenada busca, a mera apresentação, pela AdC, do correspondente despacho, não dispensa a emissão e a entrega ao visado de duplicado de mandado da autoridade judiciária para o efeito, conforme resulta da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

24. No que respeita ao artigo 17.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, merece veemente repúdio a possibilidade, que parece resultar da redacção, pouco cuidadosa, do n.º 2, de a AdC poder aceder ao conteúdo dos dados informáticos dados informáticos com conteúdo susceptível de revelar elementos pessoais.

Quanto muito, poder-se-ia admitir que, existindo razões para presumir a existência de dados informáticos relevantes num determinado suporte informático, o equipamento em causa possa ser selado e, na sequência, presente ao juiz de instrução, para decisão em matéria de relevância e eventual junção aos autos.

Contudo, e ainda nesta situação limite, sempre sem prejuízo da ponderação cuidada dos vários interesses em causa e, em particular, da necessidade de não causar prejuízos exorbitantes ou desadequados ao funcionamento e actividade da empresa eventualmente visada.

Mas, em qualquer caso, e pelas razões que já se explicaram, o proposto artigo 17.º deve ser eliminado.

25. No que respeita ao artigo 18.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, está em causa um meio de obtenção da prova extremamente gravoso que, em nosso entender, não se mostra adequado ao processo contra-ordenacional, designadamente, atento o princípio de inviolabilidade do domicílio constante do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa.

É que, o legislador não pode (*rectius*, não deve) optar pelo enquadramento das condutas violadoras da concorrência em sede de ilícito de mera ordenação social (por seguramente ter atendido à valoração que a comunidade faz de tais condutas, algumas mesmo axiologicamente neutras) e, simultaneamente, pretender aplicar-lhe meios de obtenção de prova característicos do processo penal

O meio de obtenção da prova aqui em causa (a busca domiciliária) deve ser reservado, exclusivamente, para aplicação perante tipos criminais que, pelas suas características, tornam tal meio de recolha de prova particularmente apto à investigação, ou que, mercê da gravidade dos interesses em jogo, expressa numa moldura penal abstracta qualificada, justifiquem a adopção de uma medida consensualmente vista como portadora de um elevado potencial de “danosidade social”.

Julgamos não existirem dúvidas de que apenas em matéria de processo penal é admissível a limitação do direito fundamental à privacidade e à inviolabilidade do domicílio; nestes termos, e pelas razões que já se explicaram, o proposto artigo 18.º deve ser eliminado.

26. No que respeita ao artigo 19.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, e pelas razões que já se explicaram, este deve ser eliminado.

27. No que respeita ao artigo 20.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, o procedimento de transacção nele previsto parece configurar-se como um mecanismo tendente à obtenção de uma confissão, o que, claramente, não corresponde à respectiva natureza jurídica, consubstanciando uma visão que, por censurável, deve ser afastada.

É que, nos termos em que se mostra delineada, a disposição em análise não ilumina o conteúdo passível de integrar a transacção, nem a respectiva finalidade, na prática, reconduzindo o mecanismo a uma confissão que permitiria o arquivamento do procedimento, nos termos da al. c) do n.º 1, do art. 22.º.

Ora, se é esse o caso, do que se trata então é de um convite à confissão, depois “baptizada” de transacção, quando a AdC com ela (confissão) se satisfaça e, por essa via, admita pôr termo ao processo.

E ainda assim, com indefinição relativamente ao montante da coima e das sanções aplicáveis, atendendo ao que se estabelece no n.º 8 do mesmo art. 20.º.

Uma tal subversão do mecanismo da transacção não é aceitável.

28. No que respeita ao artigo 21.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, não pode deixar de se estranhar que se conceda à autoridade administrativa o direito de, antes da aprovação de uma decisão de arquivamento, fazer publicar na sua página electrónica e na imprensa escrita, a expensas do visado pelo inquérito, uma súmula do processado até essa altura, identificando a referida pessoa, bem como o conteúdo essencial dos compromissos propostos, a fim de permitir a apresentação de observações por terceiros interessados (designadamente, que possam opor-se e impedir o encerramento do processo).

Parece estar em causa um mecanismo que nos atrevemos a qualificar de potencialmente ardiloso, especialmente, quando permita servir os interesses da acusação em obter provas que de outro modo dificilmente obteria ou não obteria de todo.

Aliás, a publicidade dos compromissos, que, em muitos casos até poderá corresponder a uma oblação do visado, na prática redundaria automaticamente na aplicação de uma sanção (a publicidade do processo, com tudo o que ela acarreta para o bom nome e imagem do visado) que é (seria) precisamente o que se pretende evitar com os compromissos assumidos.

Ou seja, a pretensão de publicidade dos compromissos prejudica a eficácia do instituto e contraria até, em muitos casos, a sua razão de ser, pelo que deve ser afastada.

Por outro lado, não parece admissível que o processo contra-ordenacional que haja sido encerrado possa ser reaberto, no prazo de dois anos, com fundamento em suposta “alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou”. Um tal procedimento, e fundamento, para além de criar uma inaceitável incerteza e de prejudicar o equilíbrio da solução encontrada, parece susceptível de castigar ou sancionar o agente sem fundamento na sua culpa (já que está em causa a alteração da “situação de facto”).

Acresce que,

Deve notar-se a variação terminológica entre os nºs 1, 2, 6, 7 e 8 do preceito, nos quais se fala de “compromissos”, e os nºs 3, 4 e 5, onde se fala de “condições”, e que ganharia em ser corrigida.

Independentemente de outras considerações, os n.os 6 e 7 devem ser, no mínimo, fundidos.

29. No que respeita ao artigo 22.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, consideramos que, quando o inquérito tenha sido originado por denúncia, a

respectiva abertura se impõe pois é a única forma de o denunciante ter *locus standi* para impugnar o arquivamento, com ou sem compromissos.

30. No que respeita ao artigo 23.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, o prazo-regra de 30 dias úteis ali referido parece-nos manifestamente insuficiente. A este propósito, convém recordar que o prazo concedido pela Comissão Europeia, em situação similar, é, em regra, de dois meses.

O preceito em causa deve, ainda, ser completado, no sentido de se conferir o indispensável reconhecimento do direito ao silêncio do eventual arguido.

31. Nos mesmos termos, o artigo 24.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, deve, ainda, ser alterado/completado, no sentido de se conferir o indispensável reconhecimento do direito ao silêncio, bem como do direito à não auto-incriminação, do eventual arguido.

32. No que respeita ao artigo 27.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, deve densificar-se o significado das expressões “medidas de carácter estrutural” e “medidas de conduta”.

33. No que respeita ao artigo 29.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, não deve admitir-se que a AdC possa utilizar documentos ou elementos incriminatórios sem os disponibilizar ao arguido, solução que viola claramente os respectivos direitos de defesa tanto no contexto do quadro jurídico nacional como face ao regime similar consagrado a nível europeu.

34. No que respeita ao artigo 30.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, são conhecidas as dúvidas quanto à compatibilidade da natureza de processo contra-ordenacional com o segredo de justiça, ao menos em benefício da investigação.

Em qualquer caso, parece imprescindível que a decisão que determine a aplicação do regime de segredo, na ausência de requerimento do arguido, se apresente devidamente fundamentada, o mesmo devendo aplicar-se aos casos em que a Autoridade da Concorrência entenda dar conhecimento a terceiros do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça.

35. No que respeita ao artigo 36.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, deve ser suprimida, no respectivo n.º 2, a referência “sem prejuízo do disposto no número anterior”.

Quanto ao seu n.º 3, a expressão “as operações de concentração abrangidas pela presente lei” parece exagerada, pelo que se propõe a seguinte formulação alternativa: «A notificação das operações de concentração à Autoridade da Concorrência deve ser feita após ...»

No caso de empresas constituídas para efeitos de participação em concursos públicos, deve permitir-se que a notificação seja feita após a adjudicação e antes da sua concretização.

36. No que respeita ao artigo 42.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, sugere-se que seja admitida a notificação separada, para salvaguarda da confidencialidade de informação.

Na medida em que se prevê a apresentação mediante formulário aprovado por regulamento da Autoridade da Concorrência, sugere-se que o referido formulário permita a realização de notificações muito simplificadas para categorias determinadas de concentrações.

37. No que respeita ao artigo 47.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, nota-se que, no que respeita à introdução de alterações substanciais à notificação apresentada, prevista no respectivo n.º 2, não é claro qual o grau de “substancialidade” das alterações que justifica um recomeço da contagem do prazo, bem como, e especialmente, quais os critérios de apreciação que a AdC deverá utilizar na apreciação e concretização do referido conceito.

Já no que respeita ao n.º 3, em articulação com o n.º 4, nos casos em que ocorra a suspensão da contagem do prazo (n.º 4), não parece existir necessidade de fixação de prazo pela AdC, pelo que, do mesmo modo, não parece existir justificação para a aplicação de uma sanção em caso de incumprimento do dito prazo.

38. No que respeita ao artigo 55.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, importa ter presente que o princípio da segurança jurídica no tráfego comercial impõe a fixação de um prazo limite para a possibilidade de revogação de decisões de não oposição, o qual nos parece dever ser não inferior a 5 anos, à semelhança do fixado no artigo 54.º para o procedimento oficioso.

39. No que respeita ao artigo 62.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, não pode deixar de se notar o carácter claramente excessivo dos poderes atribuídos à AdC.

Designadamente, não faz sentido que, no âmbito das inspecções e auditorias a realizar, à AdC sejam conferidos mais poderes (e esta autoridade administrativa se encontre sujeita a menor controlo) do que no âmbito das próprias investigações de práticas restritivas da concorrência PRC (cfr. artigos 11.º e seguintes).

Nestes termos, o preceito deverá ser revisto e o articulado objecto de harmonização de acordo com princípios minimalistas de actuação e de protecção adequada dos eventuais visados, os quais não podem deixar de passar, desde logo, pela obrigação de apresentação de mandado judicial para a realização das inspecções e auditorias pela AdC.

40. No que respeita ao artigo 67.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, onde se diz “a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios” deve passar a dizer-se “a Autoridade da Concorrência deve considerar, nomeadamente, os seguintes critérios”.

41. A propósito da análise do artigo 68.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, retomam-se os comentários acima apresentados quanto à sistematização e legística subjacentes à Proposta.

Nos termos propostos, o conteúdo do Anexo II deve integrar-se aqui, a manter-se a actual estrutura do diploma, com as seguintes alterações:

Artigo 68.º

1 – A Autoridade da Concorrência pode conceder dispensa ou atenuação especial da coima que seria aplicada de acordo com o artigo anterior, nos termos dispostos nos números seguintes.

2 – A dispensa ou a redução do montante da coima são concedidas no âmbito de processos de contra-ordenação relativos a acordos ou práticas concertadas entre empresas concorrentes para efeitos desses acordos ou práticas concertadas, proibidos pelo artigo 7.º desta lei e pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

3 – Podem beneficiar do disposto no presente artigo as empresas, os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas ou os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que

seja praticada alguma contra-ordenação, e que sejam responsáveis nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 71.º.

ARTIGO 68.º-a [NOVO ARTIGO 69.º]

Corresponde ao artigo 3.º do anterior Anexo II

1 – A Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima aplicável às entidades a que se refere o n.º 2 que revelem a sua participação num prática restritiva violadora do artigo 7.º, desde que sejam as primeiras a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade, lhe permitam:

a) Fundamentar o pedido para a realização de diligências de busca e apreensão nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 16.º, do artigo 17.º e do n.º 2 do artigo 18.º ~~do Regime Jurídico da Concorrência~~ e, no momento da entrega da informação, a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos suficientes para proceder a essa diligência; ou

b) Verificar a existência da infracção ~~prevista no artigo 2.º~~, desde que, nesse momento, a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos de prova suficientes sobre a infracção.

2 – A Autoridade da Concorrência concede a dispensa da coima, nos termos do número anterior, desde que a entidade em causa cumpra, cumulativamente, as seguintes condições:

a) Coopere plena e continuamente com a Autoridade desde o momento da apresentação do pedido, ~~de dispensa ou atenuação especial da coima~~, estando a empresa obrigada, designadamente, a:

i) Fornecer todas as informações e as provas que tenha ou venha a ter na sua posse ou sob o seu controlo;

ii) Responder prontamente a qualquer pedido de informação que possa contribuir para a determinação dos factos;

iii) Abster-se da prática de quaisquer actos que possam dificultar a investigação, nomeadamente a destruição, falsificação ou dissimulação de informações ou provas relacionadas com a infracção;

iv) Abster-se de revelar a existência ou o teor da apresentação, ou da intenção de apresentação, do pedido de dispensa, salvo autorização escrita da Autoridade da Concorrência.

b) Ponha termo à sua participação na infracção, até ao momento em que forneça à Autoridade da Concorrência as informações e as provas a que se

refere a alínea a), excepto na medida do que seja razoavelmente necessário, no entender da Autoridade da Concorrência, para preservar a eficácia da investigação;

c) Não tenha exercido coacção sobre as demais empresas para participarem na infracção.

3 - Independentemente da apresentação de um pedido simplificado, as informações e provas referidas nos n.ºs 1 e 2 e transmitidas com ou após o pedido devem conter indicações completas e precisas sobre a prática em causa e as empresas envolvidas, incluindo os objectivos, actividades e funcionamento, o produto ou serviço em causa, o âmbito geográfico, a duração e informações específicas sobre datas, locais, conteúdo e participantes em contactos efectuados e todas as explicações relevantes apresentadas em apoio do pedido.

42. No que respeita ao artigo 70.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, em articulação com o artigo 74.º (e sem prejuízo dos comentários que, em baixo, se apresentam a propósito deste outro preceito), o pretendido efeito devolutivo do recurso, a par da prevista sanção pecuniária compulsória, sempre imporia excepcionar as decisões não definitivas (“não transitadas em julgado”) da AdC.

43. No que respeita ao artigo 72.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, cumpre recordar que o instituto da prescrição encontra a sua razão de ser no facto jurídico “decurso do tempo” e que este afasta ou diminui as exigências de prevenção geral positiva ou de integração e as exigências de prevenção especial positiva ou de ressocialização - o que justifica a autolimitação do poder punitivo do Estado, e deve conduzir à conciliação entre o interesse público na punição do ilícito (penal ou contra-ordenacional), com vista ao estabelecimento da paz social, e o interesse do agente na definição da sua situação, com vista ao estabelecimento da sua paz individual.

E, se não é menos sabido que o instituto da suspensão e da interrupção do prazo prescricional se encontra, do ponto de vista político-sancionatório, e teleologicamente, fundado na ideia de que determinados eventos, que impedem o procedimento de se iniciar ou de continuar ou que traduzem a manifestação da pretensão sancionatória do Estado, devem impedir o decurso do prazo da prescrição, certo é que, no processo contra-ordenacional se justifica que os prazos de prescrição sejam curtos, até atenta a tendencial neutralidade axiológica dos

comportamentos em causa, a necessidade de imprimir maior celeridade à aplicação efectiva das sanções e ao não prolongamento excessivo dos processos, com perda do efeito dissuasor das sanções.

À luz do que acaba de se referir é de todo incompreensível que o procedimento contra-ordenacional possa levar doze anos a prescrever, atentas as causas suspensivas e interruptivas da prescrição (conforme a soma máxima dos prazos indicados de seis, três e três anos).

E, para se ter uma mais perfeita noção do desequilíbrio que tal introduziria na unidade do sistema jurídico sancionatório, basta notar que crimes como o homicídio por negligência, certas modalidades de ofensa à integridade física qualificada, o crime de furto, etc., prescrevem absolutamente (*i.e.*, mesmo com interrupção e suspensão, salvo casos de contumácia) em dez anos e meio.

44. No que respeita ao artigo 74.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, é nosso entendimento que o pretendido efeito meramente devolutivo do recurso, ali previsto, contraria a natureza do processo contra-ordenacional.

Acresce que este desvio ao regime regra de efeito do recurso previsto no Regime Geral das Contra-Ordenações não encontra respaldo no histórico da impugnação de decisões da AdC, sabendo-se que um elevado número daquelas decisões foram revogadas ou substancialmente alteradas (nomeadamente por via da redução das coimas aplicadas) pelos tribunais competentes.

O regime regra de subida e efeito do recurso de impugnação judicial em matéria contra-ordenacional extrai-se, em bom rigor, do Código de Processo Penal, para onde remete, como lei subsidiária, o artigo 41º, do Regime Geral das Contra-Ordenações.

Nos termos do referido regime, a matéria encontra-se disciplinada nos artigos 406.º, 407.º e 408.º do Código de Processo Penal (CPP), da seguinte forma:

- o recurso da decisão da Autoridade Administrativa que aplique coima ou sanção acessória, “sobe” imediatamente, nos próprios autos, e com efeito suspensivo (artigos 406º, nº 1, 407º, nº 2, al. a), e 408º, nº 1, al. a), do CPP);
- o recurso de decisões interlocutórias, incluindo medidas cautelares, “sobe” imediatamente, em separado, e com efeito meramente devolutivo (artigos 406º, nº 2, 407º, nº 1, e 408º, nº 1, al. a), a contrario, do CPP).

O efeito meramente devolutivo do recurso de impugnação judicial (no que tange à decisão final da autoridade administrativa) em matéria contra-ordenacional é absolutamente excepcional no quadro jurídico vigente, verificando-se, por

exemplo, em sede de Infracções Anti-Económicas ou Contra a Saúde Pública (Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro), para coimas de valor inferior a 300.000\$00 – artigo 79º, em sede de infracções estradais (CE), para decisões que condenem em coima – artigo 187º, nº 1, em sede de CDADC, para coimas de valor inferior a 80.000\$00 – artigo 207º, em sede de RGICSF, para certas sanções acessórias - artigo 227º, ou em sede de contra-ordenações laborais (Lei nº 107/2009, de 14 de Setembro), mas neste último caso com a possibilidade de o recorrente obter o efeito suspensivo através do depósito (que pode ser substituído por garantia bancária “à primeira solicitação”) do valor da coima e das custas do processo – artigo 35º.

Mesmo em sede de contra-ordenações ao Código dos Valores Mobiliários, ao RGICSF (com a excepção referida) ou ambientais, onde as coimas aplicáveis podem ser extremamente avultadas, o regime regra é o do efeito suspensivo do recurso de impugnação judicial.

Face ao exposto, propõe-se a seguinte alternativa de redacção para o artigo em apreço:

Artigo 74.º

Tribunal competente e efeitos do recurso

1 – Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei, cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, com efeito suspensivo.

2 - Das demais decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o mesmo Tribunal, com efeito meramente devolutivo.

45. No que respeita ao artigo 75.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, verifica-se que o preceito em causa não acautela suficientemente o princípio do contraditório quanto às alegações apresentadas pela AdC.

A este propósito, deve recordar-se que, em direito sancionatório, a última palavra deve caber sempre ao arguido, o que só pode observar-se, em sede contra-ordenacional (onde a decisão pode ser proferida por mero despacho quando a tal não se oponham as “partes”), se as alegações da autoridade administrativas forem dadas a conhecer ao arguido e se este for admitido a pronunciar-se sobre tais alegações.

Por outro lado, a fixação de competência estabelecida no n.º 3 do proposto artigo 75.º não parece justificar-se.

De facto, não nos parece que o juiz/ou júzo competente para julgar a decisão final deva necessariamente ser o mesmo que decidiu o recurso de uma decisão interlocutória e/ou de medida cautelar, ao arrepio do princípio do “juiz natural”.

Na verdade, a decisão sobre questões interlocutórias ou medidas cautelares é, por natureza, muito focada em determinada matéria específica, o que pode prejudicar a visão global do problema; um juiz que já tenha sido confrontado com o processo por via de uma questão incidental pode ficar condicionado ou sugestionado, mesmo que assim o não pretenda, quanto ao julgamento da questão principal, o que não ocorreria se a competência fosse determinada pelo juiz a quem fosse distribuído o recurso da decisão final, que poderia, esse sim, determinar a apensação do processo relativo à decisão interlocutória.

Do mesmo passo, note-se que entre a interposição de recurso de uma decisão interlocutória e a interposição de recurso de uma decisão definitiva podem decorrer vários anos, atento nomeadamente o novo prazo de prescrição previsto (incluindo de prescrição absolutíssima).

Nestes termos, o n.º 3, do art. 75.º, deve ser eliminado, bem como eliminadas as demais disposições que para este remetem (n.ºs 3 e 4, do art. 77.º).

Face a todo o exposto, e sem prejuízo do que fica dito, designadamente quanto ao n.º 3, sugere-se a seguinte redacção alternativa, para o n.º 2, do artigo em apreço:

Artigo 75.º

Recurso de decisões interlocutórias

(...)

2 – O requerimento é acompanhado de quaisquer elementos ou informações que a Autoridade da Concorrência considere relevantes para a decisão do recurso, podendo ser juntas alegações, as quais são sempre notificados pelo Tribunal ao arguido, que poderá replicar.

(...)

46. No que respeita ao artigo 76.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, valem as considerações acabadas de tecer a propósito do artigo anterior, atenta, aliás a remissão expressa que para tal normativo é feita.

47. No que respeita ao artigo 77.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, julgamos estar perante manifesto equívoco quando, no n.º 2, se remete para o artigo 67.º, do Regime Geral das Contra-Ordenações; ter-se-ia em vista, atento o contexto, o artigo 70.º do mesmo regime.

Consideramos que a possibilidade de juntar outros elementos ou informações, para além de alegações, não poderá deixar de reportar-se a elementos ou informações de que o recorrente/arguido não carecesse para exercício pleno do direito de audição prévia, sob pena de a norma padecer de inconstitucionalidade, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 8, da CRP.

O proposto no n.º 8 reproduz a solução consagrada no artigo 416º, n.º 4, do Código dos Valores Mobiliários, sendo nosso entendimento que a prova testemunhal terá necessariamente de ser produzida em audiência, atento o princípio de imediação da prova.

Face ao exposto, e sem prejuízo do que fica dito, designadamente quanto à eliminação dos nºs 3 e 4 (ver igualmente o comentário ao artigo 75º), sugere-se a seguinte redacção alternativa, para o nº 2, do artigo em apreço:

Artigo 77.º

Recurso da decisão final

(...)

2 – A Autoridade da Concorrência pode juntar alegações e outros elementos ou informações que considere relevantes para a decisão da causa, bem como oferecer meios de prova, sem prejuízo do disposto no artigo 70.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social, os quais são sempre notificados pelo Tribunal ao arguido, que poderá replicar.

(...)

48. No que respeita ao artigo 78.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, sabemos que a solução propugnada pelo projecto, de admissão da *reformatio in pejus*, não é original no ordenamento jurídico português.

Sem prejuízo, por se considerar que a mesma condiciona de forma inelutável o direito à impugnação judicial que assiste aos eventuais visados, com efeitos potencialmente muito graves para a sua esfera jurídica, defendemos a proibição da *reformatio in pejus* e, como consequência, a eliminação do artigo 78.º.

Em qualquer caso, e se outro for o entendimento que, erradamente, se entenda prosseguir, no limite a *reformatio in pejus* deveria ficar dependente de requerimento do MP.

49. No que respeita ao artigo 79.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, em coerência com os comentários feitos a propósito do artigo 75.º, sugere-se a eliminação da remissão que, no n.º 3, é feita para o disposto no n.º 3 do artigo 75.º e nos n.ºs 3 e 4 do artigo 77.º.

50. No que respeita ao artigo 80.º do “Regime Jurídico da Concorrência” proposto, é nosso entendimento que apenas as decisões judiciais transitadas em julgado devem ser objecto de publicação e, neste caso, de publicação obrigatória, na página electrónica da AdC.

C. Anexo II - Regime Jurídico da dispensa e da redução do montante da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas da concorrência

51. Conforme inicialmente explicado, propõe-se a inserção do conteúdo do Anexo II no lugar adequado do “Regime Jurídico da Concorrência”.

Sem prejuízo,

52. No que respeita ao artigo 1.º do “Anexo II” proposto, valem as considerações que se teceram a propósito do Artigo 68.º do Regime Jurídico da Concorrência (e seu n.º 1, nos termos propostos).

53. No que respeita ao artigo 2.º do “Anexo II” proposto, propõe-se a supressão do artigo, passando a ser o n.º 2 do artigo 68.º do Regime Jurídico da Concorrência, com as alterações seguintes:

2 - A dispensa ou a redução do montante da coima são concedidas no âmbito de processos de contra-ordenação relativos a acordos ou práticas concertadas entre empresas concorrentes para efeitos desses acordos ou práticas concertadas, proibidos pelo artigo 7.º desta lei e pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O exposto não significa, antes pelo contrário, que entendamos que o dispositivo em causa deve aplicar-se exclusivamente a “acordos ou práticas concertadas”; de facto,

não vemos objecção à sua extensão, por exemplo, a decisões de associações de empresas e, por exemplo, a empresas não concorrentes.

54. No que respeita ao artigo 3.º do “Anexo II” proposto, propõe-se a supressão do artigo, passando a ser o n.º 3 do artigo 68.º do Regime Jurídico da Concorrência, com as alterações seguintes:

3 – Podem beneficiar do disposto no presente artigo as empresas, os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas ou os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada alguma contra-ordenação, e que sejam responsáveis nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 71.º.

55. No que respeita ao artigo 3.º do “Anexo II” proposto, propõe-se que a matéria deste artigo passe a constar do artigo 68.º-A (novo artigo 69.º, com renumeração dos artigos seguintes), com a seguinte redacção:

Artigo 69.º

1 – A Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima aplicável às entidades a que se refere o n.º 2 que revelem a sua participação num prática restritiva violadora do artigo 7.º, desde que sejam as primeiras a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade, lhe permitam:

a) Fundamentar o pedido para a realização de diligências de busca e apreensão nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 16.º, do artigo 17.º e do n.º 2 do artigo 18.º ~~do Regime Jurídico da Concorrência~~ e, no momento da entrega da informação, a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos suficientes para proceder a essa diligência; ou

b) Verificar a existência da infracção ~~prevista no artigo 2.º~~, desde que, nesse momento, a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos de prova suficientes sobre a infracção.

2 – A Autoridade da Concorrência concede a dispensa da coima, nos termos do número anterior, desde que a entidade em causa cumpra, cumulativamente, as seguintes condições:

a) Coopere plena e continuamente com a Autoridade desde o momento da apresentação do pedido, ~~de dispensa ou atenuação especial da coima~~, estando a empresa obrigada, designadamente, a:

- i) Fornecer todas as informações e as provas que tenha ou venha a ter na sua posse ou sob o seu controlo;*
 - ii) Responder prontamente a qualquer pedido de informação que possa contribuir para a determinação dos factos;*
 - iii) Abster-se da prática de quaisquer actos que possam dificultar a investigação, nomeadamente a destruição, falsificação ou dissimulação de informações ou provas relacionadas com a infracção;*
 - iv) Abster-se de revelar a existência ou o teor da apresentação, ou da intenção de apresentação, do pedido de dispensa, salvo autorização escrita da Autoridade da Concorrência.*
- b) Ponha termo à sua participação na infracção, até ao momento em que forneça à Autoridade da Concorrência as informações e as provas a que se refere a alínea a), excepto na medida do que seja razoavelmente necessário, no entender da Autoridade da Concorrência, para preservar a eficácia da investigação;*
- c) Não tenha exercido coacção sobre as demais empresas para participarem na infracção.*
- 3 – Independentemente da apresentação de um pedido simplificado, as informações e provas referidas nos n.ºs 1 e 2 e transmitidas com ou após o pedido devem conter indicações completas e precisas sobre a prática em causa e as empresas envolvidas, incluindo os objectivos, actividades e funcionamento, o produto ou serviço em causa, o âmbito geográfico, a duração e informações específicas sobre datas, locais, conteúdo e participantes em contactos efectuados e todas as explicações relevantes apresentadas em apoio do pedido.*

§ 4.º QUESTÕES FINAIS

56. Por fim, aproveita-se a oportunidade da alteração à lei vigente para sugerir que, relativamente à matéria do Controlo de Concentrações, seja ponderada a possibilidade de criação de um regime de excepção em benefício das empresas cotadas.

Designadamente, e tendo em consideração a necessidade de evitar que as dificuldades de articulação entre as várias autoridades de supervisão, nomeadamente no que respeita ao leque de competências de cada uma, à

delimitação das respectivas áreas de actuação e à identificação, clara e sem margem para dúvidas, de quais os operadores, e circunstâncias, sujeitos à supervisão de cada autoridade, possam prejudicar o normal desenvolvimento da actividade das empresas cotadas e o bom funcionamento do mercado, sugere-se que, quando as operações de concentração de empresas sujeitas à apreciação da AdC envolvam empresas cotadas, o respectivo prazo de apreciação possa ser reduzido (para até sessenta dias) e que, estando em causa situação ou mercado sujeito a regulação sectorial, a AdC tenha o dever de solicitar, de imediato, parecer à autoridade administrativa com competência sectorial, admitindo-se um prazo de até 21 dias para que esta se pronuncie e devendo a ausência de resposta poder valer como assentimento tácito.

57. A concluir a sua resposta, a AEM manifesta a sua total disponibilidade para participar em qualquer reunião específica sobre a matéria que o Governo entenda promover, no sentido de proceder a uma análise mais aprofundada dos problemas em causa, bem como, conhecer dos resultados das respostas à consulta realizada e ulteriores desenvolvimentos, incluindo a avaliação do impacto das regras que se pretenda, eventualmente, fazer publicar.

Sem prejuízo, a Associação permanece disponível para qualquer esclarecimento ou troca de impressões julgada útil, na medida em que acreditamos que um diálogo próximo poderá ser bastante clarificador e vantajoso para o debate das questões e soluções aqui em causa.