

# COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+



## Enquadramento

---

O presente documento integra uma análise à Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+, através da qual se propõe a introdução de alterações à Lei da Concorrência aprovada.

Com a Proposta de Anteprojeto agora posta a consulta pública, pretende-se, efetivamente, por um lado, transpor para a ordem jurídica nacional Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 e, por outro lado, introduzir alterações que extravasam o âmbito daquela Diretiva. Isto mesmo resulta da Exposição de Motivos, na qual se refere que “(s)e muitas das disposições nela contempladas são prescritas pela própria Diretiva, existem aspetos relativamente aos quais os Estados-Membros dispõem de alguma margem de manobra na transposição e onde foram exercidas opções. Neste caso, trata-se de 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”.

Da análise à Proposta de Anteprojeto emergem duas sensações – confirmadas por uma maior reflexão –, a primeira, de que apresenta uma visão unilateral da Autoridade da Concorrência, a segunda, que não deixa de ser uma consequência da primeira (embora não o tivesse de ser), de que existe uma despreocupação com o rigor jurídico, seja ao nível sistemático, seja ao nível substantivo ou mesmo ao nível terminológico e concetual.

Espera-se, assim, que o documento que se apresenta possa servir de contributo para um aprimoramento das soluções vertidas na Proposta de Anteprojeto, seja ao nível daquelas soluções inovatórias, seja ao nível das soluções já previstas na Lei em vigor, mas que a prática demonstrou a necessidade de serem aprimoradas.



**FRANCISCO ESPREGUEIRA MENDES**  
*Head of European Law and Competition*  
[f.espregueiramendes@telles.pt](mailto:f.espregueiramendes@telles.pt)

**LEYRE PRIETO**  
Sócia

[l.prieto@telles.pt](mailto:l.prieto@telles.pt)

**RITA SARABANDO PEREIRA**  
Associada Sénior

[r.pereira@telles.pt](mailto:r.pereira@telles.pt)

**RUI MESQUITA GUIMARÃES**  
Associado

[r.guimaraes@telles.pt](mailto:r.guimaraes@telles.pt)

**ANDRÉ VELOSO PEDROSA**  
Estagiário

[a.pedrosa@telles.pt](mailto:a.pedrosa@telles.pt)

## ÍNDICE

---

TEMA 1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO	4
TEMA 2. PROCESSO SANCIONATÓRIO RELATIVO A PRÁTICAS	7
TEMA 3. INFRAÇÕES E SANÇÕES	12
TEMA 4. MEIOS DE REAÇÃO	20
TEMA 5. EXECUÇÃO DE DECISÕES	24

---

# Comentários à Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN +

## TEMA 1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

### Âmbito de aplicação

Dispõe o n.º 4 do artigo 2 que “Na ausência de legislação aplicável de direito da União Europeia, a aplicação da presente lei não pode tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a eficácia e uniformidade do direito da concorrência da União Europeia”.

A disposição transcrita afigura-se impercetível na medida em que nela se prevê que na “ausência de legislação aplicável de direito da União Europeia”, a aplicação da Lei da Concorrência “não pode tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a eficácia e uniformidade do direito da concorrência da União Europeia”. Ora, se não existe legislação aplicável de Direito da União, não existe possibilidade de se tornar mais ou menos difícil, mais ou menos impossível a eficácia e uniformidade do direito da concorrência (ou outro) da União Europeia, no confronto com a Lei da Concorrência.

### Definições

Verifica-se, no que concerne a definições, a existência de aspetos de ordem sistemática a considerar na redação final. Com efeito, no artigo 3.º propõe-se disciplinar a “noção de empresa”, todavia, propõe-se aditar no artigo 3.º-A uma disposição relativa a definições. Por um lado, sendo a noção de empresa uma definição, não se percebe a razão pela qual não foi incluída no artigo das definições. Por outro lado, introduz-se um artigo relativo a definições que contempla apenas três definições («Autoridade nacional de concorrência», «Autoridade requerente» e «Autoridade requerida») – cf. a este propósito o disposto no artigo 2.º da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018.

Ademais, do ponto de vista material, no n.º 2 do artigo 3.º propõe-se alterar a terminologia “empresas” por “pessoas”. A alteração proposta afigura-se desajustada, na medida em que a expressão “pessoas” não tem qualquer correlação com a terminologia adotada no n.º 1 do referido artigo. Neste sentido, considera-se mais adequado a manutenção da terminologia “empresas”, ou quanto muito, em conformidade com o n.º 1 a terminologia “entidades”.

### Prioridades no exercício da sua missão

No n.º 2 do artigo 7.º da Proposta de Anteprojeto, mantendo-se a existência de um princípio da oportunidade, conceção com a qual se discorda (embora, em abstrato, constitucionalmente legítima – pode, obviamente, em concreto colocar-se questões de constitucionalidade, designadamente, por violação do princípio da igualdade), prevê-se que a AdC exerce os seus poderes sancionatórios tendo em conta, em particular, “as prioridades da política de concorrência e a gravidade da eventual infração à luz dos elementos de facto **e de direito que lhe sejam apresentados**”.

Considera-se que deverá ser retirada da oração transcrita a expressão “e de direito”, considerando que é à AdC que incumbe fazer o enquadramento jurídico (portanto, “de direito”) dos factos que lhe são apresentados.

### Processamento das denúncias

Dispõe o n.º 4 do artigo 2 que “Se o autor da denúncia apresentar as suas observações dentro do prazo estabelecido pela AdC, e estas não conduzirem a uma alteração da apreciação da mesma, a AdC declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário, mediante decisão expressa, da qual cabe **recurso de mera legalidade** para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, a ser **tramitado como ação administrativa especial**, nos termos do n.º 1 do artigo 92.º da presente lei” (realce nosso).

Da disposição transcrita resultam duas incorreções:

1. A terminologia “recurso de mera legalidade” é atualmente desajustada, considerando que não atende ao atual espaço de intervenção dos Tribunais. Conforme se decidiu no Acórdão do STA, de 01.10.2010, (proferido no âmbito do Processo n.º 00514/08.4BEPNF) “O princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração. Tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afetar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração”. Nesse sentido, deverá ser suprimida a expressão “de mera legalidade”.
2. Com a revisão ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos deixou de existir a dualidade “ação administrativa comum” e “ação administrativa especial”, passando a existir unicamente a “ação administrativa”. Como tal deverá a redação ser alterada em conformidade suprimindo-se, em consequência, a expressão “especial”. O mesmo se diga quanto ao disposto no n.º 1 do artigo 92.º.

### **Normas aplicáveis**

---

Na proposta do Anteprojeto propõe-se que seja aditado o n.º 3 ao artigo 13.º da LdC, nos termos do qual se disponha que “Todas as referências na presente lei a infrações ao disposto nos artigos 9.º, 10.º e 11.º devem ser entendidas como incluindo a possibilidade de aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ao mesmo processo”.

Admitindo que o disposto nos artigos 9.º, 10.º e 11.º da LdC já incorporam, no que respeita ao conteúdo material das práticas restritivas, o disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE (como nos parece, manifestamente, ser o caso), não existindo afetação do mercado interno da União, não se mostra adequada a aplicação “paralela”, considerando que nunca será suscetível de cumprir o âmbito objetivo daquelas disposições do TFUE. Efetivamente, aquelas disposições do TFUE pressupõem sempre que as práticas sejam suscetíveis “de afetar o comércio entre os Estados-Membros”, pelo que, caso não se verifique aquele pressuposto não deverão, ou sequer poderão, ser aplicadas as referidas disposições do Tratado – deverá ser alterado o n.º 3 do artigo 2.º em conformidade com o exposto.

Acresce que o princípio da tipicidade não permite que se conceda na “possibilidade” de aplicação daquelas disposições, sem que sejam expressamente definidos os casos em que seria possível a sua aplicação”.

## TEMA 2. PROCESSO SANCIONATÓRIO RELATIVO A PRÁTICAS

---

### Regras gerais sobre prazos

---

Dispõe o n.º 4 do artigo 14.º que “A AdC recusa a prorrogação de prazo sempre que entenda, fundamentadamente, que a mesma é desnecessária ou que o requerimento tem intuito meramente dilatatório ou não está suficientemente fundamentado”.

A disposição transcrita, na parte em que prevê que é recusado o requerimento por se afigurar desnecessário ou não estar suficientemente fundamentado, não deve prescindir de ser concedida audiência prévia pelo menos, destinada, consoante o caso, a ser demonstrada a necessidade ou a suprimir a falta de fundamentação. Nesse caso deverá prever-se a possibilidade de ser realizada uma notificação com vista à pronúncia e, sendo o caso, a instrução do requerido com os elementos em falta.

### Prestação de informações

---

É proposto aditar no n.º 2 do artigo 15.º que a “AdC pode exigir, por escrito, a quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, todas as informações, dados ou esclarecimentos relevantes para efeitos de aplicação da presente lei, designadamente, documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis ou outros dispositivos móveis, desde que acessíveis à destinatária”.

A referida disposição é na sua formulação abrangente violadora do princípio da proporcionalidade, na medida em que impõe a terceiros – não investigados – a disponibilização de elementos/informações obviamente intrusivas em violação de direitos fundamentais.

Do mesmo modo, **à semelhança do que também sucede no n.º 1 do referido artigo**, é ainda violado o disposto no n.º 4 do artigo 32.º da CRP, na medida em que não se prevê que a prestação de informações em causa seja autorizada por um juiz.

Entende-se que não é suficiente para colocar em causa o supra exposto o facto de se prever no n.º 5 do referido artigo que não há obrigação de prestação do requerido quando se revele desproporcionada em relação às exigências de investigação, considerando que: (i.) não existe um controlo pelo juiz e (ii.) o juízo de que é desproporcionado em relação às exigências da investigação pressupõem uma análise dos elementos do procedimento que não é suscetível de ser realizada sem conhecimento integral dos elementos do procedimento.

Por fim, é ainda violado o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP na parte em que se admite uma “intrusão” na correspondência.

## Notificações

---

Dispõem os n.ºs 1 e 8 do artigo 16.º, respetivamente, que “As notificações são feitas por carta registada, dirigida para a sede estatutária ou domicílio da destinatária, pessoalmente, se necessário, através das entidades policiais, ou, mediante consentimento prévio, por correio eletrónico para o endereço digital da destinatária” e que “A notificação por via eletrónica presume-se feita no segundo dia útil seguinte ao do envio”.

Sem prejuízo de se concordar com a solução proposta quanto à possibilidade de notificação eletrónica, considera-se que, nos casos previstos no proémio do n.º 4 daquele artigo, deverá ficar previsto que a notificação deverá ser sempre realizada através de correio postal registada.

## Abertura do inquérito

---

Propõe-se aditar no artigo 17.º um novo n.º 3, passando a prever-se o seguinte: “Logo que possível e sem prejuízo dos interesses da investigação, a AdC informa as empresas, associações de empresa e pessoas singulares em causa de que são objeto de uma investigação por infração ao disposto na presente lei, incluindo a base jurídica e a natureza do comportamento investigado, o mais tardar na nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º”.

Considera-se que não fará sentido a referência “o mais tardar na nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º”, pois em quaisquer dos casos é pressuposto que com a nota de ilicitude as empresas investigadas percebam que são objeto de uma investigação. Como tal deverá ser suprimido o transcrito no presente parágrafo (“o mais tardar na nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º”).

## Poderes de inquirição

---

No n.º 1 do artigo 18.º da Proposta de Anteprojeto, prevê-se que “Para efeitos da aplicação da presente lei, a AdC pode, designadamente, convocar para uma inquirição e inquirir empresas, associações de empresas ou qualquer outra pessoa, coletiva ou singular, através de representante legal ou pessoalmente, cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que esse representante ou pessoa possa dispor e que a AdC repute relevantes para efeitos da aplicação da presente lei”.

Considera-se que face ao disposto no n.º 2 do artigo 15.º, existe uma duplicação na parte em que se dispõe “bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que esse representante ou pessoa possa dispor e que a AdC repute relevantes para efeitos da aplicação da presente lei”. Acresce que, ainda que não se verificasse uma duplicação, do ponto de vista sistemático não se afigura adequada a inserção de matéria relativa a prestação de informação, na disposição em que se disciplinam os poderes de inquirição.

Pelo mesmo fundamento deverá ser suprimido o n.º 5 do artigo 18.º, isto mesmo, sem prejuízo do que já se deixou exposto acima sobre o que se dispõe no n.º 5 do artigo 15.º.



### **Poderes de busca, exame, recolha e apreensão**

Na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º-A da Proposta de Anteprojeto está prevista a possibilidade de a AdC proceder “à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia sob qualquer forma de informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, (...) sistema de mensagens instantâneas, independentemente do suporte, estado ou local em que estejam armazenadas, (...) a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou outros dispositivos não previamente identificados com precisão, incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada”.

Pretende-se, portanto, que no âmbito de um processo contraordenacional a possibilidade de busca, exame, recolha e apreensão ou cópia possa ir para além daquela que é admissível em processo criminal – concretamente, nos termos da Lei do Cibercrime. Ora, além de se suscitarem questões de constitucionalidade (ou, por outra, de inconstitucionalidade) por violação do artigo 18.º e n.º 4 do artigo 34.º da CRP, é evidente que não podem os poderes de busca, exame, recolha e apreensão ou cópia em processo contraordenacional serem mais intrusivos do que em matéria criminal, em que está em causa a proteção de bens jurídicos de valor superior. Acresce que a referência a “outros dispositivos não previamente identificados com precisão” gera uma indeterminação do âmbito de aplicação da norma, o que também não se mostra consentâneo com ditames constitucionais.

Já na al. d) do n.º 1 do referido artigo prevê-se a possibilidade de solicitar “no decurso das diligências a que se referem as alíneas anteriores, a qualquer representante, trabalhador ou colaborador da empresa ou da associação de empresas, esclarecimentos sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da busca” (realce nosso).

Como é bom de ver, carece de fundamento a referência ao “objeto e a finalidade da busca”, considerando que os trabalhadores não prestam esclarecimento sobre estas matérias, isto é, esclarecimento sobre a incidência da busca, como seja, sobre mensagens (objeto), ou se através das mesmas são suscetíveis de ser encontradas informações sobre uma determinada restrição da concorrência (finalidade).

No n.º 2 do mesmo artigo, prevê-se, também, que “As diligências previstas nas alíneas a) a c) do número anterior dependem do consentimento das pessoas que sejam objeto da medida de investigação ou de autorização decisão da autoridade judiciária competente (...)”.

Não será de admitir a possibilidade de consentimento, a menos que o mesmo seja expresso. Nesse sentido, a ser intenção do legislador manter aquela previsão, deverá condicionar o consentimento à necessidade de ser expresso.

Por fim, no n.º 7 prevê-se a possibilidade de “Na realização das diligências previstas no presente artigo, a AdC pode fazer-se acompanhar das entidades policiais, das pessoas referidas no artigo 35.º-A, bem como de quaisquer outros acompanhantes autorizados pela AdC ou nomeados para o efeito” (realce nosso).

Não se perspetiva legalmente admissível a possibilidade da AdC nas diligências se fazer acompanhar “de quaisquer outros acompanhantes autorizados pela AdC ou nomeados para o efeito”, sem que seja expressa e fundamentadamente admitido no despacho da autoridade judiciária competente e, bem assim, identificada a qualidade desses acompanhantes.

### **Busca domiciliária**

---

Dispõe o n.º 1 do artigo 19.º da Proposta de Anteprojeto que “Existindo suspeita razoável de que existe prova que possa ser pertinente para demonstrar uma infração aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, no domicílio de sócios, membros de órgãos de administração, dirigentes, trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, a AdC pode realizar busca domiciliária”.

Pretende-se, no essencial, face ao regime em vigor que a possibilidade de realização de busca domiciliária se baste com a “suspeita razoável” (por contraposição à “fundada suspeita”). Face à intrusividade da busca domiciliária, afigura-se desproporcional a possibilidade de a mesma se bastar com uma “suspeita razoável”.

### **Apreensão**

---

Peregrina é a pretensão da AdC de prever no n.º 6 do artigo 20.º que “Os contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não são abrangidos pelo segredo profissional referido no número anterior”.

Não cremos que esta matéria justifique qualquer excursão dogmático ou jurisprudencial extenso, tal é a manifesta inconstitucionalidade da medida proposta.

### **Procedimento de transação no inquérito**

---

Dispõe o n.º 13 do artigo 22.º da Proposta de Anteprojeto que “Os factos aceites ou a que se renunciou contestar na decisão condenatória a que se refere o número anterior, bem como a respetiva qualificação jurídica, não podem ser judicialmente impugnados para efeitos de recurso nos termos do artigo 84.º”.

À referida disposição deverá ser aditado que a aceitação dos factos, a renúncia a contestar e a aceitação da respetiva qualificação jurídica terá de ser expressa.

### **Conclusão da instrução**

---

Dispõe a al. a) do n.º 3 do artigo 29.º da Proposta de Anteprojeto que Concluída a instrução, a AdC adota, com base no relatório do serviço instrutor, uma decisão final, na qual pode “Constatar a existência de uma prática restritiva da concorrência, mesmo que ocorrida no passado e, sendo caso disso, considerá-la justificada, nos termos e condições previstos no artigo 10”.

No que respeita à disposição sob análise, não se apreende a proposta de inserção da expressão “mesmo que ocorrida no passado”, considerando que, em qualquer caso, a decisão condenatória só pode ter por referência factos passados.

Portanto, não se apreende, a razão de uma tal alteração.

## Prova

---

Dispõe o n.º 2 do artigo 31.º da Proposta de Anteprojeto que “Constituem meios de prova admissíveis, entre outros não expressamente proibidos, quaisquer documentos, declarações orais ou escritas, mensagens eletrónicas, incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, gravações, ficheiros e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente da fonte, do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas, não sendo aplicável o disposto no artigo 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.”.

No que respeita à disposição sob análise dá-se por reproduzido o exposto a respeito dos poderes de busca, exame, recolha e apreensão.

## Publicidade do processo e segredo de justiça

---

Dispõe o n.º 5 do artigo 32.º da Proposta de Anteprojeto que “Sem prejuízo dos pedidos das autoridades judiciais, a AdC pode dar conhecimento a terceiros do conteúdo de ato ou de documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade ou necessário à promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência”. Propõe-se, portanto, aditar a possibilidade de ser dado a terceiros conhecimento de ato ou de documento em segredo de justiça se se afigurar “necessário à promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência”.

Desconhecendo-se, em concreto, o fundamento que está ínsito a tal proposta de alteração, não será de admitir esta inserção caso, desculpe-se a expressão, tenha por objetivo permitir a promoção de uma cultura *tabloide* no âmbito de processos contraordenacionais, que caucione a possibilidade de a AdC dar conhecimento a terceiros (p.e. através da publicação na página eletrónica da AdC) da realização de buscas ou a adoção da Nota de ilicitude, com identificação de locais e entidades buscadas.

A atividade das entidades reguladoras deverá pautar-se pela discricção, mas, principalmente, deverá ter em consideração o impacto que a publicitação da realização deste tipo de atos tem nas entidades, quando ainda não foi proferida qualquer decisão condenatória. Com efeito, tal conduta poderá, inclusivamente, ser suscetível de distorcer a concorrência, pois poderá criar uma perceção e alarme no público em geral (reitere-se, antes de ser proferida uma decisão final), com impactos no normal funcionamento das entidades e no desenvolvimento do seu negócio.

### TEMA 3. INFRAÇÕES E SANÇÕES

#### Imputação de responsabilidade

A solução equacionada no Anteprojeto em matéria de responsabilidade pela prática de infrações ao Direito da Concorrência, com a redação acolhida no artigo 73.º da Lei da Concorrência, compulsadas as alterações assinaladas, merece, na nossa leitura, sério reparo.

Numa primeira impressão, diremos, mal se compreende o fenómeno de imputação da responsabilidade pela prática de infrações às pessoas que exerciam uma influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que haja praticado os factos constitutivos da infração, nos termos que vieram a ser configurados no Anteprojeto. Através da solução em perspetiva alcança-se um **resultado de imputação de jaez meramente objetivo, bastando-se a produção dos seus efeitos tão somente com a verificação de uma relação de influência determinante entre as entidades em presença. Não esclarece, pois, o Anteprojeto, em que medida vem a reputada influência dominante a relacionar-se, sob qualquer forma, com a infração.** O processo de responsabilização aventado permanece, assim, alheio às exigências basilares de imputação, associando, sem mais, a responsabilidade pela prática de uma infração executada por um determinado sujeito a uma outra entidade em circunstâncias de *poder exercer* uma influência determinante sobre o agente, prescindindo, todavia, da demonstração de um nexo causal entre o *real exercício daquela influência e a prática materializada da infração*.

De resto, bastaria avaliar as normas de imputação prevenidas no regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas – com particular destaque para o artigo 11.º do Código Penal (“CP”) – para concluir que a admissibilidade de imputação de comportamentos de um determinado sujeito a um qualquer outro agente coletivo vem sustentada numa forte conexão entre o agente coletivo e a infração. Sobre esta questão, já veio aliás, PINTO DE ALBUQUERQUE esclarecer que:

*O critério de imputação da responsabilidade criminal às pessoas coletivas e equiparadas é duplo: ou reside no cometimento da infração criminal em nome e no interesse da pessoa coletiva por uma pessoa singular colocada em posição de liderança na pessoa coletiva ou equiparada, sendo esta posição de liderança baseada na sua pertença a um órgão da pessoa coletiva competente para tomar decisões em nome desta ou a um órgão da pessoa coletiva competente para fiscalizar aquelas decisões ou ainda na atribuição de poderes de representação pela pessoa coletiva àquela pessoa singular; ou reside no cometimento da infração criminal em nome e no interesse da pessoa coletiva por qualquer pessoa singular que ocupe uma posição subordinada na pessoa coletiva ou equiparada e o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação pelas pessoas que ocupam uma posição de liderança dos seus deveres de controlo e supervisão sobre os respetivos subordinados (...).*

Nesta conformidade, como se perceberá, o simples facto de uma infração penal ser perpetrada por uma pessoa funcionalmente ligada à pessoa coletiva – na aceção do n.º 2 do artigo 11.º do CP, pessoa que ocupe posição de liderança [al. a)] ou pessoa subordinada de pessoa que ocupe posição de liderança [al. b)] – não basta para fundar a respetiva responsabilização da pessoa coletiva. Inversamente, legislador penal submeteu o critério de imputação à demonstração de um *plus* revelador de uma forte conexão entre o agente coletivo e a prática da infração. Ora, com esse propósito, veio o legislador exigir que o estabelecimento da responsabilidade criminal do ente coletivo ficasse dependente de um requisito adicional: que o facto criminoso haja sido praticado *em nome e no interesse* da pessoa coletiva.

Do mesmo modo, no caso que nos ocupa, cumpre concluir: não basta à afirmação da responsabilidade contraordenacional da entidade coletiva que esta se encontrasse em condições de exercer uma influência determinante, direta ou indireta, sobre a pessoa que executou a prática restritiva, mais se exigindo, rigorosamente, que a **execução dos factos constitutivos da contraordenação se apresentem como resultado de um processo causal desencadeado pelo exercício de uma influência determinante pela pessoa coletiva.**

De outro modo, ao que nos parece, avultam os riscos de uma imputação excessiva e injustificada dos comportamentos ilícitos do agente à pessoa coletiva. Conjeture-se o caso de um diretor de uma sociedade comercial que pratica uma diversidade de factos subsumíveis a um qualquer tipo legal de infração ao Direito da Concorrência. Supondo que a referida atuação é empreendida *em nome e no interesse* daquela sociedade, concluir-se-á pela imputação da conduta à sociedade. Mas será de admitir – na hipótese de esta sociedade se tratar de uma subsidiária de uma outra sociedade principal – que a prática do ilícito resulte, outrossim, imputada à sociedade principal? Cremos que não, na esteira do que vimos defendendo, pela simples razão de a sociedade principal não assumir «*o domínio de organização concretamente conformador da execução do ilícito típico praticado pela pessoa natural*», domínio esse, em nosso entender, somente à disposição da sociedade subsidiária cuja estrutura abriga a atividade do agente. Nem correto seria afirmar que a atuação do agente opera no interesse da sociedade principal / sociedade-mãe, o que só seria viável defender naqueles casos – conforme sugerimos – em que esta atuação correspondesse à execução de determinadas orientações programáticas gizadas pela sociedade principal e difundidas (o tal exercício de influência determinante) pela cadeia relacional até à sociedade-filha / sociedade subsidiária.

Mais se conclui, quanto a esta matéria, pela sobrevivência de sérias preocupações quanto à conformidade constitucional do critério de imputação privilegiado no Anteprojeto. Tanto assim que o trajeto de responsabilidade em cadeia oferecido pela imputação de infrações anticoncorrenciais a entidades coletivas em condições de exercer influência determinante sobre os sujeitos que praticam o ilícito seria, em última sede, suscetível de basear um efeito transmissivo conflituante com a exigência constitucional prevista no n.º 3 do artigo 30.º da Lei Fundamental.

## Influência determinante

Merece a atenção deste comentário a noção de influência determinante acolhida na proposta de alteração. Nesse sentido, viria prescrever o n.º 3 do artigo 73.º da LdC que «*Para efeitos da alínea a) do número anterior, presume-se que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário*». Permita-se-nos salientar que, se num conjunto de matérias trabalhadas no Anteprojeto foram os respetivos autores admiravelmente inovadores na delimitação da responsabilidade contraordenacional por infrações ao Direito da Concorrência (para mais), surpreendentemente, aqui, fica a redação irrazoavelmente aquém do tratamento merecido (para menos). Logo à partida, não se compreende qual o motivo subjacente à edificação de um **conceito de influência determinante orientado exclusivamente para o domínio das relações societárias** – designadamente, assim, onde se refere à titularidade de 90% ou mais do capital social de outra sociedade. De facto, tanto pretendeu o Anteprojeto publicitar a compatibilização do novo regime com o conceito de empresa adotado – é ver o n.º 2 do artigo 73.º, na parte em que dispõe que «*Em aplicação do conceito de empresa, previsto do artigo 3.º, pela prática das infrações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas (...)*» – que se viram os seus autores, a final, sem energia para refletir no plano legal essa compatibilidade. Se, como prescreve o n.º 1 do artigo 3.º daquele diploma, «*Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*», por que motivo não veio o Anteprojeto adequar o conceito de influência determinante à multiplicidade de figuras empresariais em presença? Ora, tomando por certo que não se pretendeu emprestar à norma o formato de uma norma contraordenacional em branco – caso em que prescindiria o diploma de concretizar a noção de influência determinante –, será de concluir que o Anteprojeto não só não adequa aquele pressuposto normativo ao universo das entidades visadas, como deveria fazê-lo, sob pena de ignorar as exigências elementares do princípio da legalidade. Nestas condições, é forçoso concluir – na ausência de uma caracterização de influência determinante ajustada a sujeitos distintos de entidades de natureza societária – pela **insubsistência de responsabilidade contraordenacional de qualquer entidade que exerça influência determinante, quando não revista a forma de sociedade**. E, o que não é de irrelevante, mesmo nesses casos – em que estejamos diante de entidades organizadas sob a forma de sociedade –, apenas caberá responsabilidade da entidade que exerça tal influência num perímetro muito reduzido de cenários. Serão eles, na redação em apreciação, aqueles casos em que um sujeito se perfila como titular do capital social de uma sociedade em medida igual ou superior a 90%. Apartadas do regime ficariam, por conseguinte, todas aquelas outras situações em que uma entidade, embora não se apresentando como titular de uma participação social com aquela expressividade, possa, na prática, exercer uma influência determinante apreciável, merecedora de tratamento idêntico – acordos parassociais de voto, contrato de subordinação, direitos especiais, etc.

Rebatido o critério de imputação acolhido e a aceção de influência determinante selecionada, oferecem-se nos duas notas conclusivas adicionais. Em primeiro lugar, fazer notar que basear os pressupostos de ativação da responsabilidade contraordenacional – no caso, a influência determinante – em presunções é tarefa carregada de perigos. Como resulta evidente da atual formulação, sempre que uma entidade participe em 90% ou mais no capital social de uma sociedade presumir-se-á, por força desta proposta, que existe influência determinante. Se não erramos, tanto equivale a declarar que a **demonstração de um elemento essencial do tipo escapa, afinal, ao princípio acusatório, presumindo-se a sua verificação**. E assim sucederá, sempre que não seja oferecida prova em sentido contrário. O que nos leva à segunda ordem de considerações. Julgamos perturbador que uma proposta de alterações à Lei da Concorrência, em matéria contraordenacional, **dispense, por um lado, as autoridades incumbidas da perseguição da infração de provar a existência de uma influência determinante – presumindo-a – e transfira, por outro lado, a prova da inexistência de uma influência determinante para a competência da entidade visada, opção que vem a suscitar sérias dúvidas de conformidade com o princípio estruturante do in dubio pro reo**.

### **Moldura da coima**

A proposta de alteração avançada preserva como critério essencial de determinação da moldura abstrata da coima aplicável a referência ao volume de negócios – cfr. o n.º 4 do artigo 69.º. Nesta conformidade, a definição da moldura legal da coima, ao estribar-se num dado atinente à atividade negocial do infrator, reflete uma construção do direito sancionatório que está, na verdade, muito mais próxima de um direito sancionatório do agente, o que é inaceitável. Neste sentido, o critério apontado revela-se desadequado para avaliar o desvalor associado ao tipo de ilícito que se sanciona, pois tal significaria que esse **desvalor não estaria associado à conduta concreta que se condena, mas ao agente que a praticou**, afastando-se o Anteprojeto largamente dos quadros do direito sancionatório vigentes no ordenamento português, erigido enquanto ciência jurídica em torno do **facto punível** – rectius, e não do agente. Consequentemente, a opção legal vertida nos preceitos em exame **colide com as exigências basilares de um Estado de Direito democrático**, consubstanciando, por isso, uma violação do artigo 2.º da CRP, norma que vem a conferir dignidade constitucional a um padrão de ordenação baseado no Estado de Direito democrático. Bem assim, facilmente se constatará que a aplicação daqueles critérios legais, na medida em que conduz, **para ilícitos valorados identicamente, as molduras abstratas da coima distintas**, contende outrossim com outros postulados constitucionais, designadamente em matéria de igualdade. Não se compreendendo, por isso, que o Anteprojeto venha prescrever diferentes molduras abstratas da coima, em face da mesma infração, em função do maior ou menor volume de negócios – quando é certo que tais considerações deveriam vir refletidas, exclusiva e necessariamente, num exercício de determinação concreta da sanção aplicável, mas nunca na determinação da moldura legal, sob pena de uma dupla valoração.

Ademais, o critério adotado revela graves deficiências quanto à necessária compatibilidade com o princípio da legalidade. A aceitar-se a prescrição legal, nos termos descritos, teríamos que a moldura legal abstrata da coima evidenciaria uma **amplitude manifestamente exagerada**, convocando um inevitável juízo de inconstitucionalidade. Num certo sentido, quando admita a composição de molduras com margens de tal maneira afastadas, o legislador quase prescinde de realizar a demarcação legal da sanção. Ora, uma tal amplitude da moldura vem a refletir-se numa **sobrevalorização absurda do princípio da culpa em detrimento do princípio da legalidade**, produzindo-se uma transferência de competências para o aplicador do Direito que só prejudica as exigências basilares de previsibilidade nesta matéria. É caso de perpetuar a lição oferecida pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 547/01, que rege:

*“Se o entendimento absoluto do princípio da legalidade da sanção levaria ao sistema das penas fixas, com postergação do princípio da culpa, também um entendimento absoluto do princípio da culpa levaria, com afastamento do princípio da legalidade da sanção, a deixar plenamente nas mãos do juiz (ou da autoridade administrativa) a questão da escolha e da medida da sanção. Ora, afirmar-se que “uma certa extensão da moldura sancionatória é (...) o tributo que o princípio da legalidade das sanções tem de pagar ao princípio da culpa” é reconhecer necessariamente duas coisas: que o princípio da legalidade das sanções deve ser tido em conta na apreciação da constitucionalidade da “extensão da moldura sancionatória”; e que se tal extensão exceder manifestamente o que for imposto pelo princípio da culpa (“uma certa extensão” não equivale a uma enorme extensão), deve ser directamente confrontada com princípio da legalidade da sanção.”*

Identicamente, não há como aderir à opção por um critério de determinação da moldura abstrata ancorado no volume de negócios realizado *no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC*. Acaso se aceitasse a legalidade desta prescrição legal, quererá isso significar que a determinação da sanção aplicável em razão da infração ficaria **irremediavelmente dependente do momento em que a AdC viesse a proferir decisão condenatória**. Nestes termos, visivelmente se perceberá que o critério acolhido na determinação da moldura abstrata da coima exprime uma inadmissível volatilidade, vinculando os termos da condenação à verificação de um evento – a condenação – que em nada se relaciona com a própria infração (podendo, até, ocorrer muito tempo depois). Curioso constatar, porém, que o Anteprojeto prescindiu de receber igual parâmetro na determinação da moldura legal das coimas aplicáveis a pessoas singulares, conforme evidencia o n.º 8 do artigo 69.º, optando aí pelo *«último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida»*.



A debilidade da solução já havia sido repetidamente assinalada na jurisprudência, mesmo no contexto normativo que precedeu a LdC atualmente em vigor, mas a advertência não parece ter colhido, na altura – como se estima não vir a colher hoje, acaso este Anteprojeto conheça aprovação – o assentimento do legislador. Assinalando o percurso desviante do legislador de 2012 em relação à experiência judicial até então verificada, em comentário ao artigo 69.º da LdC:

*“Note-se que na lei anterior não se estipulava qual o ano a considerar para a determinação do montante da coima, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa entendido mesmo que este não poderia ser o ano anterior àquele em que tivesse sido proferida decisão condenatória pela AdC, mas antes aquele em que cessou a prática ilícita, sob pena de o valor máximo da coima poder ir variando ao ritmo da evolução do mercado e da diligência da autoridade sancionadora (processo n.º 7251/07; cfr. também sobre a questão o acórdão do TC 353/2011). O legislador veio agora responder diretamente ao problema, **em sentido contrário àquela posição judicial**, fixando como critério o ano anterior ao da decisão condenatória.”*

Resta concluir, atenta a volatilidade implicada no momento temporal relevado nesta proposta, pela sua inconstitucionalidade, em virtude da violação das exigências constitucionais de **determinabilidade da medida sancionatória** (n.º 1 do artigo 30.º da CRP), da violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), na medida em que conduz a **diferentes soluções sancionatórias para casos essencialmente idênticos, sempre que a decisão condenatória ocorra em momentos distintos**, da violação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 29.º da CRP, enquanto refrações do **princípio da legalidade**, na medida em que **subordina a extensão da moldura a facto diferente da lei, antes submetendo a determinação abstrata da sanção à diligência da autoridade administrativa**, da violação do n.º 1 do artigo 111.º da CRP, na medida em que derroga as regras constitucionais de separação de poderes, legitimando uma ilegítima confusão de esferas de atuação entre as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

No limite, mesmo que se aceitasse o critério legal como bom – o que não se concede –, sempre se tomaria por injustificado, na linha das considerações expendidas a propósito da responsabilidade pelas infrações cometidas, basear a moldura legal abstrata da coima no volume de negócios global total da unidade económica em que se inscreva a empresa que pratica o ilícito, sem mais – cfr. o n.º 4 do artigo 69.º do Anteprojeto. **Resultando evidente que nem todas as pessoas que integram a unidade económica sejam consideradas responsáveis pela infração** – conforme previamente observámos, a propósito das alterações oferecidas ao artigo 73.º da LdC –, **estranho seria que o elemento legal privilegiado na definição da moldura da coima refletisse um âmbito mais lato que o conjunto dos próprios sujeitos responsáveis, como pretende o Anteprojeto em exame**. Nem se venha alegar que tal desfecho foi o pretendido pelo legislador comunitário.

Senão vejamos. Tanto o considerando 49 da Diretiva como o n.º 1 do artigo 15.º daquele texto determinam como parâmetro de aferição do valor máximo da moldura abstrata da coima o montante equivalente a 10% do *volume de negócios global total da empresa*, o que é bem distinto da redação nacional em vista, referente ao *volume de negócios total, a nível mundial, realizado (...) pelo conjunto de pessoas que constituam uma unidade económica com cada uma das empresas infratoras ou que mantenham com estas laços de interdependência*.

## Concurso de infrações

Mais surpreende o teor deste Anteprojeto no tratamento outorgado ao concurso de contraordenações, nos termos admitidos no n.º 1 do artigo 69.º-A. Note-se que a solução alcançada, ao estabelecer uma correspondência entre a coima resultante do concurso e a **mera adição das coimas que concretamente resultariam às contraordenações concorrentes**, vem, afinal de contas, conferir força de lei à tese da acumulação material. Ora, uma tal perspetiva do problema do concurso não só não corresponde à solução prevista no Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”), na versão atualizada do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro – já por isso a proposta de alteração afasta ostensivamente a aplicação do artigo 19.º daquele diploma –, como não corresponde (quando deveria!) à solução reputada adequada nos quadros do direito sancionatório. Sobre as deficiências de um tal sistema da acumulação material das sanções já se pronunciou FIGUEIREDO DIAS, nestes termos:

*Mesmo, porém, quando a um tal sistema se ponham limites destinados a permitir o seu funcionamento e a racionalizar a execução – máxime, quando à acumulação material se oponham limites máximos de pena –, nem assim se evitam os seus graves e evidentes defeitos político-criminais. Por um lado, um tal sistema contraria o princípio da culpa: a mera adição mecânica das penas faz aumentar injustamente a sua gravidade proporcional e abre a possibilidade de ser deste modo ultrapassado o **limite da culpa**. Pois se a culpa não deixa de ser sempre referida ao facto (no caso: aos factos), a verdade é que, ao ser aferida por várias vezes, num mesmo processo, relativamente ao mesmo agente, ela ganha um inegável efeito multiplicador.*

Tanto quanto vem sendo dito a respeito do concurso de contraordenações vale integralmente para a hipótese de concurso entre contraordenações e infrações criminais, previsto n.º 2 do artigo 69.º-A. Ao prescrever a perseguição, pelo mesmo facto, de duas sanções distintas, veio o Anteprojeto reproduzir a tese da acumulação material para esta modalidade de concurso – o agente será, afinal, condenado em coima e, adicionalmente, numa pena. Sucede, todavia, neste caso, que a alteração vertida no Anteprojeto marca uma diferença assinalável em relação ao regime previsto no RGCO, cujo artigo 20.º vem estabelecer, nestas situações, uma regra de consunção da punibilidade pela contraordenação, determinando que o agente seja apenas punido pela prática do ilícito criminal.

Não se divisa, porém, razão suficiente para fundar a solução aventada neste Anteprojeto em matéria de concurso. Percorrida a Exposição de Motivos – com particular destaque para os pontos 86 a 90 –, resulta, aliás, evidente a confusão subjacente às conclusões que estiveram na base desta proposta. Uma leitura atenta do considerando 49 da Diretiva e do artigo 15.º daquele diploma logo permitiram antever que o problema do concurso não surge, ali, minimamente a florado. **Não se decifra, pois, naquele contexto normativo comunitário, qualquer indício bastante para fundamentar o propósito de instituir um regime de punibilidade do concurso como o que veio a ser acolhido no Anteprojeto.**

## TEMA 4. MEIOS DE REAÇÃO

---

### Prestação de informações

---

Atenta a reconfiguração da norma respeitante à prestação de informações – artigo 15.º –, expandida no seu âmbito de aplicação, cumpriria reforçar os meios de reação contra os pedidos de elementos ilegitimamente formulados. Tanto se alcançaria, alternativamente, ora através da expressa introdução de um meio cautelar de reação autónoma em matéria de prestação de informações, ora através da concessão de efeito suspensivo à impugnação deduzida. Trata-se de uma reforma premente, sustentada na importância de contornar o efeito superficial de mecanismos de impugnação meramente devolutivos, insuscetíveis de afastar a prévia e efetiva prestação da informação – sob pena de punição –, assim instantaneamente apreendida pela AdC.

### Diligências probatórias

---

A proposta de redação relativa aos meios de reação de decisões adotadas no âmbito de diligências de busca e apreensão suscita-nos alguma reserva. Assim, designadamente, quanto ao alcance interpretativo do n.º 2 do artigo 86.º-A. Se bem entendemos, pretendeu-se através da formulação acolhida proporcionar um duplo grau de recurso quanto ao exame daquelas decisões. Assim que a norma em apreço autoriza a impugnação das decisões da AdC e do Ministério Público, a ser resolvida pelo juiz de instrução, e admite subsequentemente a reação de decisões do juiz de instrução junto do tribunal da relação competente. Por resolver fica o universo de situações cuja competência caiba, em primeira linha, ao juiz de instrução – a esgotar-se a prerrogativa do recurso na cognição do tribunal da relação, resulta comprometida a harmonia dos meios de reação consoante se trate de decisão adotada pela AdC ou Ministério Público (duplo grau de recurso) ou por juiz de instrução (grau único de recurso).

E mais avulta a assinalada desarmonia conforme se constata, em matéria de decisões interlocutórias, que as oportunidades de reação compreendem ali um duplo grau de recurso: junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e, posteriormente, junto do tribunal da relação – cfr. n.º 3 do artigo 84.º e n.º 1 do artigo 89.º. Ora, como é bom de ver, não se divisam razões suficientemente ponderosas que justificassem uma tutela diminuída em sede de diligências probatórias de busca e apreensão, comparativamente ao regime previsto para as decisões interlocutórias, antes reivindicando idênticas ou superiores garantias de defesa, porquanto se avaliaria a pertinência e validade dos referidos meios de obtenção de prova, por definição de natureza intrusiva.

## Segredos comerciais

---

No que tange à necessidade de salvaguardar o acesso a informação confidencial constante do processo de contraordenação – designadamente, tratando-se de segredo comercial – por parte de terceiros, conviria articular as regras da reformada LdC com o novo Código da Propriedade Industrial (“CPI”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, que transpõe para o ordenamento nacional a Diretiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016. A referida articulação vem pressuposta na não rara equivalência entre os elementos confidenciais que integram os procedimentos e a aceção de segredo comercial privilegiada no artigo 313.º do CPI – perspetiva, de resto, corroborada no ponto 148. da Exposição de Motivos que acompanha a presente proposta de Anteprojeto.

Nesta conformidade, imperativo é aceitar que a prática de atos ilícitos relativos ao acesso, utilização e divulgação de segredos comerciais – com o alcance descrito no artigo 314.º do CPI – reunidos em processos de contraordenação seja justiciável mediante as prerrogativas facultadas no CPI, seja mediante tutela cautelar (artigos 345.º e 354.º), seja a título principal, mediante, por exemplo, a requisição de medidas inibitórias (artigo 356.º).

Com efeito, resulta da Diretiva transposta pelo CPI a necessidade de existir uma tutela cautelar em matéria de proteção de segredos de negócio, por forma (i.) a não emergirem dúvidas interpretativas quanto à aplicação da tutela provisória em processos sancionatórios da concorrência e, ainda, (ii.) a evidenciar a admissibilidade destes meios de reação no âmbito dos processos sancionatórios da concorrência, deverá ser aditada uma disposição na qual expressamente se preveja o recurso aos meios cautelares previstos no CPI para salvaguarda de segredos de negócio.

## Decisões interlocutórias

---

Afigura-se-nos em toda linha perturbadora a alteração proposta no n.º 4 do artigo 85.º da LdC. Não se concebe, na realidade, com que propósito hajam os subscritores desta proposta determinado uma regra de fungibilidade da audiência de julgamento, dispensando aquele momento processual salvo necessidade probatória identificada pelo próprio tribunal. Inversamente, e recuperando o caráter sancionatório que assiste ao processo contraordenacional, recordamos que o princípio da imediação exige, como regra, a verificação deste ato processual, perfilhando-se, mais do que uma garantia de defesa, como garantia da própria sentença (PINTO DE ALBUQUERQUE). Exprimindo uma ideia de infungibilidade da audiência de julgamento, veja-se, sem mais, o disposto no artigo 355.º do CPP, subsidiariamente aplicável ao processo de contraordenação por infração ao Direito da Concorrência.

### **Recurso da Decisão Final - prazo**

---

Lamenta-se que a proposta de Anteprojeto não haja aproveitado a iniciativa desencadeada pela presente transposição para proceder a uma revisão do prazo disponibilizado à empresa condenada para interpor recurso da decisão condenatória determinada pela AdC, conservando o prazo exíguo de 30 dias úteis prescrito no n.º 1 do artigo 87.º da LdC. De facto, atenta a complexidade de questões suscitadas no decurso de uma defesa rigorosa das empresas condenadas – com particular destaque para a extensão do material probatório frequentemente implicado nestes casos –, acredita-se que o prazo legal em vigor não acautela as mais elementares exigências do direito de defesa das empresas sancionadas, o que só viria a suceder com um prazo mínimo de 90 dias. Mais surpreende que as circunstâncias ora identificadas já hajam, por outro lado, servido para legitimar a adoção de um prazo para a AdC concluir a fase de instrução – equivalente a 12 meses, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 29.º – bastante mais amplo que os prazos previstos no n.º 1 do artigo 306.º do CPP para o encerramento da instrução, o que se nos afigura em toda linha desproporcional em face dos 30 dias úteis para as empresas apresentarem o competente recurso da decisão condenatória.

### **Recurso da Decisão Final – grau de recurso**

---

O n.º 1 do artigo 89.º da proposta de Anteprojeto perpetua uma leitura redutora dos níveis de jurisdição associados à apreciação das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, incluindo, em particular, aquelas que se reportam ao conteúdo das decisões condenatórias proferidas pela AdC. Não se compreende, pois, qual o fundamento convocado para obstar a uma cognição daquelas decisões além do tribunal da relação competente, sobretudo quando em causa estejam reações restringidas a matéria de Direito, caso em que muito relevaria prescrever a intervenção última do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”). E tanto mais importa tecer estas considerações quanto já veio o próprio STJ, no Acórdão n.º 11/15.1YQSTR.S1, de 19-01-2017, concluir pela ininteligibilidade deste limite, mais a mais quando em outros momentos (dir-se-ia, até, menos expressivos que a decisão final condenatória) da tramitação processual de infrações ao Direito da Concorrência veio o legislador expressamente pronunciar-se pela mediação do STJ – assim, designadamente, quanto à oportunidade de abertura de inquérito relativo àquelas infrações, conforme disposto no n.º 2 do artigo 93.º do Anteprojeto.

### **Juros**

---

Desde logo, não se apreende a introdução do n.º 2 do artigo 88.º na Proposta de Anteprojeto no Capítulo relativo aos “Recursos Judiciais”, considerando que, sem prejuízo do que abaixo se deixará exposto quanto à bondade da solução de aplicação de juros ao valor da coima, tal enquadramento implicará que não se aplica a mesma regra à mora no pagamento da sanção caso não tenha existido recurso judicial.

De qualquer das formas, ignora-se absolutamente o sentido da solução alcançada no n.º 2 do artigo 88.º. Não se concebe que sobre o montante da coima determinado nos termos legais incida, ulteriormente, uma atualização baseada na aplicação de taxas de juro, como se de uma relação creditícia se tratasse. Não se olvide que o posicionamento do Direito contraordenacional se aproxima de um Direito de matriz sancionatória, avesso a excessos de punibilidade como o aqui descrito. Tampouco se detetam, no regime outorgado à pena de multa, reações legais contra o pagamento atempado da sanção baseadas na incidência de juros. De contrário, padeceria o sistema de uma profunda incompreensão da teoria do juro. Melhor seria, acaso se pretenda reagir contra o pagamento intempestivo da coima, recorrer aos mecanismos de cobrança coerciva disponíveis – de resto, como vem a suceder no direito penal, ex vis n.º 1 do artigo 49.º do Código Penal.

Acrescem ainda três outras críticas à solução proposta:

i. Sendo atribuído efeito suspensivo o recurso da decisão que aplica uma coima – nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 84.º da Proposta de Anteprojeto –, não será de admitir que caso o Tribunal confirme a decisão condenatória, nos termos do n.º 1 do artigo 88.º, se possa considerar que os juros se contam desde o termo do prazo para apresentação de recurso (30 dias úteis da decisão condenatória adotada pela AdC);

Sem prejuízo de carecer de fundamento jurídico a solução proposta (conforme acima se expôs),

ii. Não se faz distinção entre as situações em que o Tribunal altera (para mais, ou para menos) o montante da coima e as situações em que mantém integralmente a decisão da AdC, pois apenas neste último caso se poderá considerar que a entidade sancionada conhecia, efetivamente, o montante da coima a pagar (até porque, nem sequer se estabelece se os juros terão por referência a coima aplicada pela AdC, ou a coima fixada pelo Tribunal); e

iii. Em coerência, deveria estar prevista solução idêntica para o caso de não ter existido recurso e a entidade sancionada não ter procedido ao pagamento da coima após o prazo de 30 dias para recorrer.

## TEMA 5. EXECUÇÃO DAS DECISÕES

### Execução de decisões administrativas

Avaliado o conteúdo das alterações propostas nesta sede, instala-se no intérprete a impressão de que o projeto pretende, de alguma forma, consagrar um privilégio de cobrança nacional das coimas devidas por infrações ao Direito da Concorrência. O propósito, especialmente visível no n.º 2 do artigo 35.º-C do Anteprojeto, corrobora (e até intensifica) a perspetiva legal do problema previamente assumida no Decreto-Lei n.º 263/2012, de 20 de dezembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2010/24/UE, do Conselho, de 16 de março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas. Nos termos do n.º 3 do artigo 24.º do Decreto-Lei, vale a regra do prévio esgotamento dos procedimentos internos de cobrança voluntária e coerciva. Notar, porém, que a alínea a) do mesmo número logo vem admitir a requisição de execução da medida num outro Estado-Membro quando as autoridades nacionais certifiquem a ausência de ativos no território nacional para satisfazer o crédito. Já quanto ao n.º 2 do artigo 35.º-C do Anteprojeto, muito embora conservando o critério da comprovada ausência de ativos, parecem ter querido os respetivos Autores restringir a hipótese daquele pedido de execução, exigindo, além da referida falta de liquidez, que a autoridade requerente tenha envidado esforços razoáveis. Nem veio o Anteprojeto acolher aquela outra cláusula de salvaguarda prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 24.º do Decreto-Lei, que admite a emissão do pedido de execução quando o recurso aos procedimentos internos de execução implicasse dificuldades desproporcionadas.

### Execução de decisões judiciais

Quanto a pedidos de execução, em Portugal, de coimas aplicadas por infração ao Direito da Concorrência determinadas por decisão judicial transitada em julgado, convirá sublinhar alguns esclarecimentos essenciais olvidados no Anteprojeto. Em nosso entender, a hipótese de execução de decisão jurisdicional definitiva – conforme claramente admitido no n.º 1 do artigo 89.º-A do Anteprojeto – sempre deverá ser lida em **complementaridade com o regime prevenido no Código de Processo Penal (“CPP”) para a revisão e confirmação de sentenças estrangeiras**. Assim, e ao contrário do que parece antecipar o n.º 4 do artigo 35.º-D – «O instrumento uniforme não está sujeito a nenhum ato de reconhecimento, complemento ou substituição no território nacional» –, cumpre dar por verificado, aquando da receção daquela decisão em Portugal para efeitos da sua execução, que a sentença respeita os critérios assentes no artigo 237.º do CPP. Ora, os motivos subjacentes a esta interpretação descobrem-se no facto de uma decisão reportada a ilícitos contraordenacionais se aproximar com evidente nitidez de uma decisão de matriz sancionatória, reclamando, por conseguinte, que se repliquem as exigências pensadas para decisões de carácter penal.



