
**OBSERVAÇÕES DA MLGTS À CONSULTA PÚBLICA DA
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
“LINHAS DE ORIENTAÇÃO SOBRE INSTRUÇÃO DE PROCESSOS
RELATIVOS À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 4.º, 6.º E 7.º DA LEI N.º 18/2003, DE
11 DE JUNHO”**

I. INTRODUÇÃO

1. O presente documento contém as observações (“Observações”) da Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L. (“MLGTS”) à consulta pública (“Consulta”) lançada pela Autoridade da Concorrência (“AdC” ou “Autoridade”) em 23 de Dezembro de 2010, relativa às “Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho” (“Linhas de Orientação”) (“LdC”).
2. A MLGTS saúda a AdC pela iniciativa de promoção da Consulta, embora lamentando que o prazo concedido tenha sido muito curto e, para além disso, tenha sido parcialmente coincidente com o prazo concedido para apresentar observações em relação às Linhas de Orientação sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações.
3. O tema do procedimento administrativo em sede de práticas restritivas da concorrência é uma das áreas em que se justifica proceder a uma reflexão conjunta entre a Autoridade, as empresas e a comunidade jurídica, capaz de culminar num conjunto de indicações que, como a AdC assinala no projecto de Linhas de Orientação, promovam a transparência, a previsibilidade, a eficiência e a celeridade do procedimento. Por estas razões, e apesar das limitações acima referidas, a MLGTS decidiu apresentar as presentes Observações.
4. As presentes Observações seguem, no essencial, a estrutura do documento da AdC, sendo, no entanto, apenas identificadas as secções relativamente às quais se considera oportuno e adequado apresentar, nesta sede, comentários ao teor do projecto das Linhas de Orientação.

II. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

5. Antes de apresentarmos os nossos comentários e sugestões às Linhas de Orientação, parece-nos importante tecer algumas considerações prévias sobre dois temas, em particular: (i) a vinculação da Autoridade às Linhas de Orientação que apresenta, e (ii) a ausência de qualquer referência nas Linhas de Orientação à duração das fases de inquérito e de instrução do procedimento relativo a práticas restritivas da concorrência.

6. Como a Autoridade refere nos §§ 2 e 7, a adopção das Linhas de Orientação pretende assegurar uma maior transparência e previsibilidade do *modus operandi* da Autoridade, facilitando a compreensão dos procedimentos por si seguidos e permitindo uma melhor articulação com as partes envolvidas nos procedimentos em causa.
7. Concordamos com a Autoridade quando esta refere que as Linhas de Orientação «*não criam qualquer direito, nem modificam direitos ou obrigações que decorram da Lei da Concorrência, dos Estatutos da Autoridade, ou de quaisquer outros dispositivos legais aplicáveis.*»¹. Na realidade, um instrumento de natureza interpretativa adoptado por uma autoridade administrativa, e que em rigor pretende dar a conhecer aos administrados o seu entendimento quanto a determinadas matérias, não poderia, em caso algum, modificar direitos ou deveres, ou proceder a alterações legislativas.
8. Mas consideramos que a advertência da Autoridade nos termos da qual «*as presentes Linhas de Orientação não vinculam a Autoridade*» contraria os objectivos declarados de aumentar a transparência, a previsibilidade, a eficiência e a celeridade dos procedimentos relativos a práticas proibidas. A desvinculação da Autoridade ao seu próprio entendimento quanto às matérias incluídas nas Linhas de Orientação retira, inclusive, a segurança jurídica que se esperava alcançar com a adopção de um documento desta natureza e com estas características.
9. Acresce que nos parece desadequado que, uma vez apresentado e adoptado um conjunto de orientações relativamente ao *modus operandi* nos procedimentos por práticas restritivas – que em nosso entendimento conferem aos particulares uma expectativa legítima relativamente à actuação e entendimento desta entidade sobre determinadas matérias –, a Autoridade declare que não se vincula a essas mesmas orientações.
10. Pelo exposto, sugerimos que a advertência contida no parágrafo 7 das Linhas de Orientação relativamente à não vinculação da Autoridade ao conteúdo daquelas seja eliminada, sob pena de subtrair qualquer utilidade ao próprio documento.
11. Um outro tema que nos merece uma breve reflexão, no essencial, por não ter sido tratado ou sequer referido pela AdC nas Linhas de Orientação, prende-se com os prazos de duração dos processos por práticas restritivas da concorrência e, em particular, os prazos máximos de duração de cada uma das fases que compõem a fase administrativa do procedimento: o inquérito e a instrução.
12. Contrariamente ao que sucede em algumas jurisdições europeias, a LdC nada dispõe quanto aos prazos máximos de duração das fases de inquérito e instrução, permitindo-se que os processos se arrastem durante meses, senão anos, deixando as empresas arguidas num limbo processual e a imagem da Autoridade debaixo de uma potencial suspeita de inacção.
13. Assim, parece-nos desejável que seja a própria Autoridade – atendendo aos meios e poderes que lhe são cometidos para realizar as tarefas de investigação, por um lado, e a legítima protecção dos interesses das empresas ou particulares que apresentam queixas ou que são arguidas no procedimento, por outro – a dar uma indicação dos prazos que considera razoáveis para a conclusão do inquérito e instrução dos processos.

¹ Cfr. § 7 das Linhas de Orientação.

14. A apresentação de prazos indicativos para a conclusão das fases de inquérito e de instrução, sem prejuízo do que já aqui foi dito a propósito do caso concreto e da autovinculação, imporia, em nosso entendimento, maior rigor e celeridade na actuação de todos os envolvidos (AdC e arguidos), em favor, desde logo, da boa aplicação da Lei da Concorrência.
15. Lembramos, a este propósito, a apresentação realizada pela Autoridade da Concorrência à Comissão Parlamentar de Assuntos Económicos, Inovação e Energia da Assembleia da República, em 2 de Março de 2010, na qual a AdC apresenta objectivos relativos à tramitação processual dos procedimentos por práticas restritivas, em particular quanto à duração do inquérito e da instrução², os quais, apesar de nos parecerem excessivos, dão uma primeira indicação do seu entendimento quanto a este assunto.
16. Sugerimos, pois, que a AdC retome a reflexão que realizou à data e apresente os prazos indicativos que, em sua opinião, são razoáveis para a conclusão do inquérito e da instrução, parecendo-nos as Linhas de Orientação o local apropriado para o fazer, pois daria uma indicação às empresa e aos particulares do que considera ser uma prática razoável e consentânea com a boa administração e aplicação da Lei da Concorrência.

“II.1 NOTÍCIA DA INFRAÇÃO”

17. No § 10, sob a epígrafe acima mencionada, é referido que «[a]s denúncias podem, ainda ser anónimas, sendo que, nesse caso, apenas podem determinar a abertura de inquérito se delas se retirarem indícios da prática de uma infracção.».
18. A este propósito, lembramos que apesar de a Autoridade poder abrir um inquérito com base numa denúncia anónima (desconhecimento da identidade do respectivo emitente), esta é um acto em si mesmo sem qualquer valor jurídico-processual, e, por isso, juridicamente inexistente – ou, pelo menos, nulo – como meio de transmissão do conhecimento do ilícito contra-ordenacional (*cf.* arts. 241.º, parte final, 244.º e 246.º, do CPP, e ainda 220.º, 294.º e 295.º, do Código Civil) – *vide*, neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra no processo n.º 1425/06.3YRCBR.
19. Ou seja, a denúncia anónima não é admissível como meio de prova documental, por força do artigo 164.º, n.º 2, do CPP, excepto se for ela mesma, objecto ou elemento de um crime.
20. Pela importância que esta matéria assume, sugerimos que o presente esclarecimento seja incluído nas Linhas de Orientação.

“II.2. APRECIACÃO PRELIMINAR”

² No referido documento a Autoridade apresenta os seguintes objectivos: 3 meses da data da notícia da infracção até à abertura do inquérito; conclusão do inquérito entre 6 meses a um ano (prorrogável por 2 vezes até um máximo de 6 meses); e conclusão da instrução entre 3 a 6 meses (prorrogável por 2 vezes até um máximo de 6 meses).

21. As infracções às normas dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da LdC constituem contra-ordenação, nos termos do seu artigo 42.º, punível com coima (*ex vi* artigo 43.º) e sanção acessória de publicitação da infracção (*ex vi* artigo 45.º), cujo processo se rege pelo disposto na LdC e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social (“RGCO”)³.
22. No âmbito do processo de contra-ordenação definem-se duas fases de natureza distinta: a primeira fase – que compreende a investigação (artigos 24.º e 25.º da LdC) e a instrução (artigo 26.º da LdC) – é da competência da autoridade administrativa e tem por finalidade a prática dos actos de investigação e de recolha de prova que permitam determinar a existência de uma contra-ordenação, a identificação dos agentes envolvidos e, em caso afirmativo, dos elementos que relevam para efeitos de medida da coima, isto é, “*gravidade da contra-ordenação, culpa, situação económica do agente e benefício que este retirou da prática da contra-ordenação*”⁴. A segunda fase – fase judicial – inicia-se com o denominado recurso de impugnação judicial.
23. Relativamente à fase administrativa do processo de contra-ordenação, a LdC dispõe no n.º 1 do art. 24.º da Lei da Concorrência que «*sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º, procede à abertura de um inquérito*». Ou seja, a AdC está subordinada ao princípio da legalidade, que a obriga a investigar sempre que tenha conhecimento de eventuais práticas proibidas, sendo, para o efeito, obrigada a abrir um inquérito.
24. «*Em boa verdade – adianta João Espírito Santo Noronha – aquela rigidez nenhuma margem consente às referidas entidades para a apreciação da idoneidade e robustez dos indícios de práticas proibidas que chegam ao seu conhecimento e que a obrigam à abertura de um inquérito*»⁵.
25. No mesmo sentido, Miguel Moura e Silva, quando comparado o regime nacional com o regime comunitário, conclui: «*Ora, onde a Comissão Europeia vê reconhecida uma margem de apreciação com relativa discricionariedade, a AdC vê-se confrontada com o princípio da legalidade que a obriga a abrir inquérito sempre que tome conhecimento de indícios de uma infracção*»⁶.
26. Deste modo, temos muitas dúvidas quanto à compatibilidade da “apreciação preliminar”, tal como apresentada nas Linhas de Orientação, com o disposto na LdC, uma vez que a lei apresenta, de forma clara e peremptória, o procedimento a seguir no caso de a autoridade administrativa tomar conhecimento, independentemente da via, de eventuais práticas restritivas da concorrência.
27. Pese embora se admita uma apreciação preliminar dos eventuais indícios de que a Autoridade tome conhecimento no sentido de analisar se estes não estarão manifestamente fora do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência ou se manifestamente carecem de qualquer veracidade, parece-nos excessiva a criação de uma “nova fase procedimental”.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com a redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

⁴ *In Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, 2.ª ed., Almedina, 2004, p. 106

⁵ *In Reflexões sobre a reforma da Lei da Concorrência*, João Espírito Santo Noronha, Revista da Concorrência e Regulação, n.º 1, Janeiro – Março 2010.

⁶ *In Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Miguel Moura e Silva, Almedina, 2008.

28. Com efeito, se o objectivo da Autoridade é recolher elementos adicionais, inquirir quaisquer empresas cujas declarações sejam consideradas pertinentes e enviar a estas pedidos de elementos para averiguar da existência ou não de práticas restritivas⁷, então deverá fazê-lo durante a fase própria criada pelo legislador para o efeito – o inquérito –, ao invés de duplicar procedimentos cuja natureza e limites se desconhecem. Qualquer actuação em sentido diverso poderá contrariar a natureza e objecto do inquérito, tal como o legislador o quis e o expressou de forma inequívoca na letra da lei, para além de contrariar o princípio da legalidade a que esta autoridade está submetida.
29. Pelo exposto, somos da opinião, e ao contrário do sustentado no § 15 das Linhas de Orientação, que a AdC só deverá fazer uso dos poderes identificados no referido parágrafo (*«proceder à inquirição das empresas ou associações de empresas envolvidas e/ou outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações sejam consideradas pertinentes, bem como ao envio às mesmas de pedidos de elementos»*), uma vez aberto o competente processo de inquérito pelo Conselho da AdC.
30. Ainda a propósito da notícia de alegado comportamento ilícito, mas já no que respeita a alocação interna dos processos, eventualmente através de um procedimento de distribuição ou alocação do “processo” a um ou mais instrutores do serviço competente da Autoridade da Concorrência, para posterior investigação, parece-nos útil a seguinte reflexão.
31. A questão da alocação interna de processos, embora não tratada nas presentes Linhas de Orientação, reveste uma dimensão “externa” importante, dadas as garantias legais que assistem aos arguidos em matéria de imparcialidade e independência das decisões que sobre eles vierem a ser proferidas.
32. Por essa razão, sugere-se que, nas presentes Linhas de Orientação, seja feita referência expressa aos mecanismos internos vigentes no seio da AdC, para a detecção e solução de situações de impedimento de um ou mais instrutores ou membros do Conselho, adiantando-se desde já a necessidade de, no desenho e implementação dos mesmos, se tomar em consideração, *mutatis mutandis*, os artigos 39.º e 47.º do CPP, *ex vi* artigo 41.º do RGCO. As referidas disposições legais prevêm a existência de impedimento de exercício de funções pelo instrutor nos seguintes casos:
- (a) Quando for, ou tiver sido, cônjuge ou representante legal do arguido ou do ofendido ou quando com qualquer desses viver ou tiver vivido em condições análogas às dos cônjuges;
 - (b) Quando ele, ou o seu cônjuge, ou a pessoa que com ele viver em condições análogas às dos cônjuges, for ascendente, descendente, parente até ao 3.º grau, tutor ou curador, adoptante ou adoptado do arguido ou do ofendido ou for afim destes até aquele grau;
 - (c) Quando tiver intervindo no processo como advogado do arguido ou do ofendido.
 - (d) Quando, no processo, tiver sido ouvido ou dever sê-lo como testemunha.

⁷ Cfr. §§ 13 *et seq.* das Linhas de Orientação.

- (e) Não podem também exercer funções, a qualquer título, no mesmo processo, instrutores que sejam entre si cônjuges, parentes ou afins até ao 3.º grau ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges.

“II.3.1. PEDIDOS DE ELEMENTOS”

33. Quanto aos pedidos de elementos e de informações que tenham por objecto os agentes que possam estar envolvidos na prática do alegado ilícito jusconcorrencial, consideramos que o entendimento reflectido, entre o mais, no § 27, *in fine*, é manifestamente excessivo, ao sustentar-se que *«[t]odavia, o respeito pelos direitos de defesa não prejudica o dever dos destinatários do pedido de prestar todas as informações relativas a factos de que tenham conhecimento e os documentos a eles respeitantes que estejam na sua posse, mesmo que estes últimos possam servir, em relação a eles ou a outras empresas, para comprovar a existência de uma prática restritiva da concorrência.»*.
34. Com efeito, os agentes que possam estar envolvidos na prática do eventual ilícito jusconcorrencial não são objecto do processo mas, outrossim, sujeitos processuais aos quais deve ser assegurado o direito de audiência e defesa, bem como um processo justo e equitativo, em obediência ao artigo 32.º da CRP, ao artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e ao artigo 50.º do RGCOG.
35. O tema do direito à não auto-incriminação no âmbito de processos contra-ordenacionais por práticas restritivas da concorrência foi objecto de análise aprofundada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa no âmbito do processo n.º 205/06.0TYLSB, “Moageiras c. AdC”. Na sentença, transitada em julgado, que foi proferida neste processo a 8 de Maio de 2007 – e que constitui até à data a análise jurisprudencial mais aprofundada sobre o tema –, o Tribunal do Comércio considerou que o regime legal relativo ao poder de que a AdC dispõe para formular perguntas, e solicitar elementos e informações, no exercício das suas competências sancionatórias e de supervisão (artigos 17.º, n.º 1, alíneas. a) e b), da LdC e art. 8.º dos Estatutos da AdC) se encontra *«exaustivamente regulado»*. Por conseguinte, concluiu não ser necessário o recurso, a título subsidiário, às normas da lei processual penal, pelo que o direito ao silêncio consagrado no art. 61.º, n.º 1, al. d) do CPP, *«não é aplicável em processo de contra-ordenação da concorrência.»*.
36. Não obstante, o Tribunal do Comércio de Lisboa advertiu que o facto de se excluir uma aplicação remissiva do CPP nesta matéria não implicava *«a inexistência do direito à não auto-incriminação neste tipo de procedimentos»*, sendo necessário averiguar *«se esta garantia constitucionalmente consagrada é ainda aplicável, e em que medida, directamente por via do art. 32.º n.º 10 da CRP»*.
37. Para este entendimento também concorre o princípio da presunção de inocência, sobre o qual o aludido Tribunal também já teve oportunidade de reconhecer que *«[é] inquestionável a aplicação do princípio da presunção de inocência do arguido em processo contra-ordenacional [em que esteja em causa a aplicação da LdC], com todas as suas consequências, nomeadamente ao nível do ónus da prova e do princípio in dubio pro reo. E tal aplicabilidade não advém da aplicação subsidiária do CPP ou de qualquer outro diploma. É directamente aplicável face à regra do artigo 32.º, n.º 2, ex vi artigo 12.º, n.º 1, ambos da CRP.»* – cfr. sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 13 de Agosto de 2007, “P. e S. c. AdC”, processo n.º 1050/06.9TYLSB.

38. Destarte, consideramos que o direito à não auto-incriminação tem assento no âmbito do procedimento contra-ordenacional jusconcorrencial ao abrigo, entre o mais, do artigo 32.º da Lei Fundamental, pelo que qualquer pedido de elementos deve ter essa realidade em consideração.
39. Relativamente ao prazo de resposta a pedido de informações ou de elementos da AdC recordamos que o prazo estabelecido na lei é de 30 dias úteis (vide artigo 18.º, n.º 2, da LdC). Em casos excepcionais, e devidamente fundamentados, pode a Autoridade determinar um prazo diferente.
40. Por fim, e ainda a propósito dos pedidos de elementos, importa referir que, na nossa opinião, o facto de as empresas deverem assinalar as informações que consideram confidenciais e, por essa razão, não serem disponibilizadas a terceiros, não prejudica o dever da Autoridade de assegurar a confidencialidade desses segredos, ainda que as empresas nada digam a esse respeito. O silêncio, no caso em apreço, não pode ser valorado pela Autoridade como um consentimento tácito sem promover quaisquer diligências capazes de apurar o grau de confidencialidade das informações e/ou dos documentos, até porque, nos termos da legislação aplicável ao acesso a documentos administrativos, cabe à autoridade administrativa velar por essa protecção.
41. Assim, no caso de a Autoridade receber informações e/ou documentos, na sequência de pedidos de elementos ou de inquirição de pessoas, que possam conter informações comercialmente sensíveis ou segredos de negócio, deverá interpelar a entidade ou pessoa que os forneceu no sentido de apurar a confidencialidade dos mesmos antes de os disponibilizar a terceiros. Se, após a referida interpelação, e tendo sido concedido um prazo para a apresentação da respectiva versão não confidencial, nada for dito, então parece-nos razoável que a Autoridade presuma a não confidencialidade das informações e/ou documentos em causa.
42. Nestes termos, discorda-se da afirmação constante da parte final da nota de rodapé n.º 15 (página 5), sugerindo-se uma alteração ao texto que permita acomodar as obrigações decorrentes da lei aplicável: *“Este procedimento não prejudica o dever da Autoridade de assegurar o segredo de negócio.”*

“II.3.2.1 INQUIRIÇÕES DE PESSOAS, EMPRESAS E ASSOCIAÇÕES DE EMPRESAS NÃO ENVOLVIDAS”

43. Sobre esta matéria, o entendimento que perfilhamos afasta-se do exposto pela AdC nas Linhas de Orientação, pois consideramos que a AdC apenas pode efectuar inquirições nas instalações das empresas ou de associações de empresas “não envolvidas” se obtiver o seu acordo prévio.
44. Caso a Autoridade solicite, no âmbito da inquirição, a disponibilização de documentos ou outras informações que considere pertinentes, tal pedido deve ficar a constar expressamente do auto de declarações e deve ser concedido, para esse efeito, um prazo de resposta não inferior a 30 dias, em conformidade como artigo 18.º, n.º 2, da LdC.
45. De igual modo, todas as questões formuladas pela AdC ao inquirido devem constar do respectivo auto de declarações.

46. Para maior clareza e informação quanto ao tipo de interacção que pode ser esperada neste tipo de inquirição sugere-se que se inclua, nas presentes Linhas de Orientação, uma menção às regras aplicáveis em matéria de inquirição, em particular:
- (i) às testemunhas não devem ser feitas perguntas sugestivas ou impertinentes, nem quaisquer outras que possam prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas. A inquirição deve pois incidir, primeiramente, sobre os elementos necessários à identificação da testemunha, sobre as suas relações de parentesco e de interesse com o arguido e o ofendido e com outras testemunhas, bem como sobre quaisquer circunstâncias relevantes para avaliação da credibilidade do depoimento (*vide* artigo 138.º do CPP);
 - (ii) os advogados, médicos, jornalistas e membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos – *cf.* artigo 135.º, n.º 1, do CPP;
 - (iii) as testemunhas inquiridas pela AdC não podem ser ajuramentadas – *vide* artigo 44.º do RGCOC, sendo inaplicável na fase administrativa do procedimento o artigo 132.º, n.º 1, alínea b), do CPP
47. Por fim, sugerimos a inclusão nas Linhas de Orientação de um esclarecimento no sentido de que, quanto às empresas não envolvidas (vulgo empresas não arguidas), a AdC não pode efectuar buscas e recolha de documentação nas suas instalações. Conforme o Tribunal do Comércio de Lisboa teve oportunidade de referir na sua sentença de 16.1.2008, “U. c. AdC”, no processo que correu termos sob o n.º 572/07.9TYLSB: *«Se fosse possível à AdC proceder a buscas nas instalações de empresas não envolvidas (e tome-se em atenção que o conceito de envolvidas não pode ser confundido com o de arguido, bastando notar que este preceito tanto se aplica a procedimentos sancionatórios como a procedimentos de supervisão), teria que existir uma alínea similar à alínea c) prevendo a possibilidade de buscas nas instalações de outras empresas ou associações de empresas (como foi feito para as alíneas a) e b) do preceito) [artigo 17.º da LdC]. Não existindo, não é de todo possível. Ao contrário do que alega a recorrente, a alínea c) do n.º 1 e os n.ºs 2 e 3 do art. 17.º da Lei da Concorrência não possibilitam à AdC realizar buscas em instalações de empresas não envolvidas. Apenas possibilitam a tomada de declarações e a obtenção (por meio de pedido) de documentos e informações.»*

“II.3.2.2 INTERROGATÓRIO DO ARGUIDO”

48. Neste tópico das Linhas de Orientação sugerimos que seja efectuada uma menção expressa ao direito do arguido de se fazer acompanhar por advogado – conforme resulta, entre o mais, do artigo 53.º, n.º 1, do RGCOC: *«[o] arguido da prática de uma contra-ordenação tem o direito de se fazer acompanhar de advogado, escolhido em qualquer fase do processo.»* e do artigo 20.º, n.º 2, da CRP: *“Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.»*

“II.3.3 BUSCAS”

49. Note-se que no âmbito das buscas realizadas pela AdC (estas sempre limitadas exclusivamente a *empresas envolvidas*) não é permitida a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações, nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.
50. Por força do preceituado no n.º 1, do artigo 42.º, do RGCOC, não são aplicáveis no procedimento associado a práticas restritivas da concorrência, as normas do CPP que prevêem a possibilidade de apreensão de correspondência (artigo 179.º), de realização de escutas telefónicas (artigo 187.º) e de utilização de provas que impliquem a violação de segredo profissional (artigos 180.º, n.º 2, 181.º e 182.º). Em relação às duas primeiras, esta restrição de meios probatórios é, aliás, imposta pela própria Lei Fundamental, que no seu artigo 34.º, n.º 4, proíbe toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações e nos demais meios de comunicação, com ressalva, apenas, dos casos previstos em matéria de processo criminal.⁸
51. Recorde-se ainda que nos termos do artigo 126.º do CPP são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

“III.1.3 AUDIÇÃO POR ESCRITO”

52. Dada a complexidade substantiva associada às questões factuais e jurídicas controvertidas na Nota de Ilicitude sugere-se que a AdC, em linha com o procedimento associado aos processos que correm perante a Comissão Europeia, conceda sempre um prazo de resposta à nota de ilicitude igual ou superior a 2 meses⁹, tudo como forma de ser acautelado o exercício efectivo e material do direito de defesa e de audiência, assegurando-se, assim, o *due process of law*.

“III.1.5 NOTA DE ILICITUDE COMPLEMENTAR E NOTA DE ILICITUDE SUBSTITUTIVA”

53. O exposto pela AdC sobre o tema em epígrafe nos parágrafos 69 a 73 das Linhas de Orientação não merece o nosso acolhimento.
54. Entendemos que a AdC, uma vez adoptada a Nota de Ilicitude, a qual equivale à acusação, não deve emitir uma nota de ilicitude *complementar* ou *substitutiva*, figuras que, aliás, não aparentam ter cabimento na lei.
55. Ao contrário do pugnado nas Linhas de Orientação, o pleno exercício dos direitos de audiência e de defesa não se compadece, no nosso entendimento, com as referidas figuras atípicas.
56. Remetemos, nesta matéria, para a decisão de 12 de Fevereiro de 2008, “Moageiras”, no processo n.º 1648/05.2TYLSB, e para a decisão judicial de 21 de Fevereiro de 2011, “Moageiras 2”, no processo n.º 1126/09.0TYLSB, as quais se dão aqui por reproduzidas e são do conhecimento da AdC.

⁸ Cfr. Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa, *Contra-Ordenações Anotações ao Regime Geral*, 5.ª edição, Setembro de 2009, p. 362.

⁹ Prazo concedido, em regra, pela Comissão Europeia.

57. De igual modo, na sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 13 de Agosto de 2007 2007, “P. e S. c. AdC”, proc. n.º 1050/06.9TYLSB, o órgão de judicatura considerou o comportamento da AdC, quanto à adopção de uma nota de ilicitude complementar “no mínimo surpreendente” e, muito embora tenha considerado que, no caso concreto, se tenha contido nos limites da legalidade, referiu que *«não significa porém, que o tribunal entenda que a AdC agiu correctamente. (...) Não deixa, porém, de se advertir que o instituto da boa-fé também se aplica a condutas processuais, também se aplica em processos contra-ordenacionais e a autoridades administrativas independentes e que, no caso presente, a AdC se aproximou muito perigosamente dos limites deste instituto que, caso houvessem sido ultrapassados, imporia uma solução diversa para esta questão. Leia-se, não se trata de uma conduta processual que à AdC convenha repetir, sob pena de, que não seja pelo número de vezes, o tribunal vir a censurar por esta via o processado»*.
58. Destarte, no nosso entendimento, e com o devido respeito, a secção III.1.5, sob a epígrafe “Nota de Ilicitude complementar e nota de ilicitude substitutiva”, na actual redacção, deve ser, toda ela, eliminada da versão final das Linhas de Orientação, bem como o § 126 da secção VI.2 “Segredo de negócio”, no qual é feita nova menção às referidas figuras.
59. Em alternativa, e por uma questão de transparência para com os administrados, sugerimos que a AdC inclua nas Linhas de Orientação uma advertência de que, sendo este o entendimento da Autoridade, o Tribunal do Comércio de Lisboa já se pronunciou em sentido contrário.

“III.1.7 CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO”

60. Sobre este ponto, cabe-nos sugerir que o relatório elaborado pelo serviço instrutor da AdC, que serve de base à adopção da decisão final do procedimento pelo Conselho da AdC (mencionado no § 75 da Linhas de Orientação), conste dos autos do processo.

“IV. DECISÃO CONDENATÓRIA”

61. O artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da LdC, dispõe que *«constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios no ano anterior: a) a violação do disposto nos artigos 4.º, 6.º e 7.º»*

(A) DETERMINAÇÃO DO VOLUME DE NEGÓCIOS, PARA EFEITOS DE COIMA, COM BASE NAS VENDAS NO MERCADO RELEVANTE AFECTADO PELA INFRACÇÃO (título nosso)

62. Quanto ao artigo 43.º, a AdC, no § 81, alínea c), das Linhas de Orientação, refere que *«[o] volume de negócios a considerar é o volume total de negócios realizado em Portugal por cada empresa parte da infracção.»*
63. No nosso entendimento, o volume de negócios a considerar deve-se reportar principalmente ao mercado do produto relevante alegadamente afectado.
64. Note-se que a disposição legal acima citada se limita a estipular um limite máximo, não especificando qual o volume de negócios que deve ser tomado em consideração, em particular, no caso de empresas que exercem actividades em vários mercados.

65. Ou seja, no caso de empresas que exercem actividades em vários mercados, coloca-se a questão objectiva de saber se a AdC deve tomar em consideração o volume de negócios da empresa no mercado relevante no qual alegadamente se verificou a infracção ou se, pelo contrário, deve tomar em consideração o volume de negócios global da empresa em todos os mercados em que exerce a sua actividade, incluindo pois aqueles que não são afectados pela infracção que lhe é imputada.
66. Pelas razões que de seguida se enunciam, consideramos que a solução mais adequada é aquela que valoriza o volume de negócios da empresa no mercado do produto relevante no qual se verifica a alegada infracção.
67. Com efeito, e esse é um factor iniludível, caso a infracção imputada produza efeitos apenas num dos mercados em que a empresa se encontra activa, a estrutura da concorrência nos restantes mercados não é afectada pela infracção imputada, pelo que nos parece excessivo considerar o volume de negócios na sua totalidade, ao invés daquele que se refere apenas ao mercado afectado.
68. Para além disso, poder-se ia chegar ao ponto de uma empresa que tem uma presença diminuta no mercado do produto relevante alegadamente afectado (no qual tem vendas, por exemplo, no valor de €10.000,00), e que tem uma forte presença em outros mercados que nada têm que ver com o mercado afectado (nos quais tem vendas, por exemplo, de €10.000.000,00) ver a sanção aplicada aumentar substancialmente por força, não do volume de negócios realizado no mercado relevante, mas do volume de negócios que resulta da sua actividade em outros mercados.
69. Ou seja, tal empresa – apesar de ter um volume de negócios inferior no mercado afectado – poderia ser mais penalizada do que empresas com um volume de negócios muito superior no mercado afectado, não pelo facto de ter obtido um volume de negócios superior no mercado afectado, mas simplesmente pela circunstância de ter obtido um volume de negócios superior em termos globais.
70. Uma tal aplicação do regime legal é, no nosso entendimento, desproporcional, motivo pelo qual sugerimos que o volume de negócios relevante, para efeitos de determinação da sanção seja o efectivamente obtido no mercado relevante afectado pela infracção imputada, em conformidade, aliás, com o artigo 18.º da CRP.
71. Acresce que este nosso entendimento permite uma aproximação ao disposto nas Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003¹⁰, adoptadas pela Comissão Europeia, e nas quais se pode ler:
 - (a) *«A fim de atingir estes objectivos, é adequado que a Comissão tenha em consideração, como base para a determinação das coimas, o valor das vendas dos bens ou serviços relacionadas com a infracção.»* (cfr. considerando 5)
 - (b) *«a combinação do valor das vendas relacionadas com a infracção e da sua duração é considerada um valor de substituição adequado para reflectir a importância económica da infracção, bem como o peso relativo de cada empresa que participa na infracção»* (cfr. considerando 6);

¹⁰ JOUE de 1.9.2006, C 210, p. 2 *et seq.*

(c) «A. Determinação do valor das vendas. 13. Para determinar o montante de base da coima a aplicar, a Comissão utilizará o valor das vendas de bens ou serviços, realizadas pela empresa, relacionadas directa ou indirectamente com a infração, na área geográfica em causa no território do Espaço Económico Europeu («EEE»). A Comissão utilizará em princípio as vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração (a seguir «o valor das vendas»).» (cfr. § 13).

72. A Comissão Europeia só toma, como tal, em consideração o volume de negócios gerado pela arguida no mercado do produto alegadamente afectado.
73. Nestes termos, sugerimos uma uniformização da posição da AdC com a posição anteriormente assumida pela Comissão Europeia para efeitos de determinação do volume de negócios consagrado no artigo 43.º, tomando em linha de conta o volume de negócios gerado pela arguida no mercado do produto alegadamente afectado pelo comportamento ilícito.

(B) FIXAÇÃO DO LIMITE MÁXIMO DA COIMA COM BASE NO VOLUME DE NEGÓCIOS ANUAL ANTERIOR AO ANO DA PRÁTICA DA CONDUTA ILÍCITA (título nosso)

74. Como também é do conhecimento da AdC, o artigo 43.º, n.º 1, determina que a coima não pode exceder “10% do volume de negócios no último ano”.
75. No nosso entendimento, o valor máximo da coima aplicável tem de estar determinado no momento da prática do facto ilícito, dado que é nesse momento que todos os pressupostos da aplicação de uma coima, bem como o valor mínimo e máximo da mesma, têm de estar determinados.
76. Como tal, consideramos que em procedimentos contra-ordenacionais, e em caso de aplicação de coima, só pode ser considerado o volume de negócios do ano anterior ao da prática do facto ilícito.
77. Ao tomar-se em consideração o volume de negócios do ano em que é praticado o facto ilícito (entendimento que tem vindo a ser perfilhado pela AdC e também pelo Tribunal do Comércio de Lisboa e pelo Tribunal da Relação de Lisboa) é manifesto que se toma em consideração um valor que só fica consolidado e determinado (só se torna cognoscível) a partir do dia 31 de Dezembro desse ano (do ano da prática do facto ilícito).
78. Quer isto dizer que no momento da prática do facto é materialmente impossível uma arguida conhecer qual o volume de negócios relevante para efeitos de cálculo da coima.
79. Pelo exposto, sugerimos que, para efeitos de determinação da coima aplicável, a AdC tome em consideração o volume de negócios da empresa arguida no ano anterior ao da prática do facto ilícito, sob pena de calcular a coima aplicável com base num valor que no momento da prática da conduta alegadamente ilícita é materialmente impossível determinar.

(C) FIXAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA COIMA E EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA E AUDIÊNCIA (título nosso)

80. Em caso de decisão condenatória com aplicação de coima, somos da opinião que a AdC não deverá, em caso algum, valorar negativamente, para efeitos de fixação da medida da coima, o facto de a arguida exercer o seu direito de audiência e de defesa, em sede de fase de inquérito ou de instrução do procedimento. Esta nota deverá, no nosso entender, ficar a constar expressamente da versão final das Linhas de Orientação.
81. Conforme resulta, aliás, da sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2 de Maio de 2007, “Sal c. AdC”, processo 965/06.9TYLSB: *«nenhum arguido pode ser penalizado em função do tipo de defesa que apresenta. Seja qual for o número de excepções invocadas, seja qual for o número de vícios suscitado, seja qual for o "tom" em que a defesa é apresentada, seja qual for a validade dos argumentos apresentados, nunca pode um articulado de defesa ser, nessa medida, valorado negativamente. (...) Ora, recai sobre a AdC um dever acrescido de respeitar os direitos dos arguidos, de não se deixar influenciar por factores exógenos ao processo, de não deixar que quaisquer elementos subjectivos interfiram na sua convicção, seja para concluir pela prática da contra-ordenação seja para fixar a medida concreta da coima. Este dever acrescido de ser objectiva nas suas apreciações e decisões implica que não se deixe cair na tentação de tecer considerações supérfluas e de fazer juízos de valor. Gostando ou não a Autoridade, a V(...), como qualquer outra arguida, pode suscitar as questões que entender na resposta à nota de ilicitude e à AdC cabe apenas conhecê-las, sem tecer qualquer tipo de consideração sobre o modo como o direito de defesa é exercido e, sobretudo, sem valorar negativamente essa defesa.»*

“VI.3 SIGILO PROFISSIONAL”

82. No § 131 do projecto de Linhas de Orientação é referido que *«o dever de sigilo profissional do advogado e as regras que visam salvaguardar e possibilitar o exercício desse dever por parte do advogado abrangem quer os advogados independentes quer os advogados que exerçam a sua actividade em regime de subordinação (advogado de empresa ou in-house lawyers). Trata-se, contudo de uma matéria que exige maior clarificação no ordenamento jurídico.»* (sublinhado nosso).
83. No nosso entendimento, o tema da equiparação do advogado interno ao advogado externo, no âmbito de procedimento que corra termos perante a AdC não carece de qualquer clarificação adicional no ordenamento jurídico nacional, como resulta aliás, da sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, no processo 572/07.9TYLSB, e do Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-07/07, sendo que na primeira se pode ler:

«Em suma, a nossa lei reconhece directamente a protecção do sigilo profissional e não o limita aos advogados internos. A regra comunitária que foi criada por via jurisprudencial não é aplicável em procedimentos sancionatórios de direito nacional.»

84. Ou seja, o Estatuto da Ordem dos Advogados não efectua qualquer discriminação legal e estatutária negativa dos “advogados de empresa”, sendo pacífico e assente que todos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados beneficiam do regime de protecção legal do sigilo profissional e das regras aplicáveis consagradas, entre o mais, nos artigos 70.º e 71.º do Estatuto¹¹.
85. Destarte, a AdC não pode aceder a documentos de advogados inscritos na Ordem dos Advogados, sendo também pacífico que o recente acórdão de 14 de Setembro de 2010 do colendo Tribunal de Justiça da União Europeia, “AKZO”, processo C-550/07 P, não coloca em causa o acima exposto.
86. Tendo em conta o *supra* exposto, deverá ser eliminada a frase final do projecto de Linhas de Orientação [“Trata-se, contudo de uma matéria que exige maior clarificação no ordenamento jurídico”], sob pena de se dar a impressão (errada) de que existe controvérsia na jurisprudência ou doutrina nacionais na matéria, correndo-se o risco de com isso lançar injustificadamente a dúvida no espírito dos particulares e empresas quanto ao alcance dos seus direitos nesta sede, sempre que estiverem em causa processos de âmbito nacional.

¹¹ Os quais dispõem respectivamente:
“Artigo 70.º

Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados

1 - A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço electrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente.

2 - Com a necessária antecedência, o juiz deve convocar para assistir à imposição de selos, ao arrolamento, às buscas e diligências equivalentes, o advogado a ela sujeito, bem como o presidente do conselho distrital, o presidente da delegação ou delegado da Ordem dos Advogados, conforme os casos, os quais podem delegar em outro membro do conselho distrital ou da delegação.

3 - Na falta de comparência do advogado representante da Ordem dos Advogados ou havendo urgência incompatível com os trâmites do número anterior, o juiz deve nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da Ordem dos Advogados ou, quando não seja possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório ou arquivo pertencer.

4 - Às diligências referidas no n.º 2 deste artigo são admitidos também, quando se apresentem ou o juiz os convoque, os familiares ou empregados do advogado interessado.

5 - Até à comparência do advogado que represente a Ordem dos Advogados podem ser tomadas as providências indispensáveis para que se não inutilizem ou desencaminhem quaisquer papéis ou objectos.

6 - O auto de diligência faz expressa menção das pessoas presentes, bem como de quaisquer ocorrências sobrevindas no seu decurso.

Artigo 71.º

Apreensão de documentos

1 - Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão.

2 - A proibição estende-se à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado.

3 - Compreendem-se na correspondência as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado.

4 - Exceptua-se o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido.”

