



EUROPEU E  
CONCORRÊNCIA

## EDIÇÃO ESPECIAL

### SOBRE A NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA

#### ARTIGOS

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| Nota prévia                       | 02 |
| Reflexões introdutórias           | 03 |
| Promoção e defesa da concorrência | 04 |
| Práticas Restritivas              | 05 |
| Controlo de Concentrações         | 06 |
| Infracções, sanções e clemência   | 08 |
| Recursos Judiciais                | 09 |

#### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

|  |    |
|--|----|
| A nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil | 10 |
|--|----|



## Nota prévia

Carlos Botelho Moniz  
cmoniz@mlgts.pt

PERMANECE PARA JÁ  
A INCÓGNITA SOBRE  
A FORMA COMO, NA PRÁTICA,  
A AUTORIDADE SE IRÁ SERVIR  
DESTE (AINDA MAIS) PODEROSO  
INSTRUMENTO DE QUE PASSOU  
A SER DOTADA

No próximo dia 8 de Julho, depois de um longo e intenso debate público, entra em vigor a nova lei portuguesa da concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Trata-se de um texto da maior relevância prática para os agentes económicos e que, do ponto de vista jurídico, encerra um conjunto de alterações importantes face ao regime anterior.

Algumas das modificações trazidas pela nova lei resultam de uma maior autonomização substantiva e processual desta área do direito face aos ramos que tradicionalmente o balizam, como o direito penal e contraordenacional e o direito administrativo. Outras novidades traduzem um esforço de confluência entre o sistema nacional de concorrência e as evoluções que foram entretanto registadas a este nível no plano do direito da União Europeia desde 2003, ano em que foi aprovada a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, agora revogada.

As alterações em causa fazem-se sentir um pouco por todo o texto legislativo,

eventualmente com maior vinco no domínio do processamento de denúncias, dos poderes de investigação em matéria de práticas restritivas e no mecanismo de recursos judiciais em processos contraordenacionais. Mas há também mudanças com relevo no capítulo do controlo de concentrações e das sanções.

É sobre estes vários aspectos que se debruça esta 14.ª edição da nossa newsletter de direito europeu e direito da concorrência. Apresenta-se, de seguida, um conjunto de artigos que procuram avaliar e antecipar os impactos da nova lei nos domínios assinalados no parágrafo anterior, abrindo com um artigo de reflexão geral sobre o alcance da reforma agora levada a cabo.

Como se verá, parece-nos que muitas das soluções acolhidas pela nova lei são passos na direcção certa, mas há várias outras em relação às quais expressamos as nossas reservas. E, em todo o caso, permanece para já a incógnita sobre a forma como, na prática, a Autoridade se irá servir deste (ainda mais) poderoso instrumento de que passou a ser dotada. ■

## Reflexões introdutórias

Joaquim Vieira Peres  
vieira.peres@mlgts.pt

**A**pós menos de uma década de vigência, o regime jurídico da concorrência foi objecto de completa reforma. A reboque da necessidade de cumprir compromissos assumidos internacionalmente por Portugal, designadamente no PEC-IV e reiterados no Memorando de Entendimento com a Comissão Europeia, FMI e BCE, o legislador aproveitou para alargar o âmbito da sua intervenção e visitar muitas das soluções vigentes.

Era evidente a conveniência e mesmo a necessidade de, em aspectos pontuais mas de alguma substância, modernizar o regime jurídico nacional e evitar dissonâncias face à evolução entretanto ocorrida no direito da União Europeia. Por outro lado, a prática de quase 10 anos de implementação da lei de 2003 demonstrava alguns defeitos originários, lacunas, dúvidas e aspectos a carecer de correcção, como aliás foi sendo publicamente referido, designadamente, pelo Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

Mas mais importante, assistiu-se nos últimos tempos a um crescendo de manifestações públicas de insatisfação por parte da autoridade regulatória nacional relacionada com uma alegada insuficiência e inadequação do regime vigente para assegurar de forma eficiente e profícua a promoção e defesa da concorrência.

Embora o projecto de Novo Regime Jurídico da Concorrência tenha sido sujeito a discussão pública e apesar da abundância da reacção dos

vários *stakeholders*, a simples compaginação do resultado final do procedimento legislativo com as reivindicações da Autoridade da Concorrência (a “Autoridade”) revela afinal qual o principal vector impulsionador da modificação levada a cabo.

É por isso, com grande preocupação que noto que o reforço da eficiência da promoção e defesa da Concorrência se fez sobretudo em matéria de investigação e sanção de práticas restritivas ilícitas, alargando e reforçando os poderes da Autoridade e reduzindo de forma alarmante as prerrogativas de defesa e controlo por parte dos particulares e das empresas, designadamente perante os tribunais.

Como é sabido, em termos da sua actividade sancionatória, a Autoridade não tem uma relação bem sucedida com os tribunais portugueses. As suas decisões foram, na sua esmagadora maioria, (designadamente, aquelas que atendendo ao valor das coimas impostas se afiguravam como mais relevantes no contexto da defesa da concorrência) sistematicamente criticadas, revertidas, reduzidas e anuladas pelos tribunais nacionais que as apreciaram, pelas mais variadas razões, em particular, por desrespeito pela Autoridade da de obrigações relacionadas com um processo justo e equitativo ou com os direitos de defesa dos visados.

A forma encontrada para suprir esse estrangulamento regulatório consistiu em muscular significativamente a investigação e instrução nos processos sancionatórios e erigir obstáculos ao controlo judicial das respectivas decisões.

A consagração por via legislativa de práticas da Autoridade previamente declaradas ilícitas pelos tribunais por desrespeito de direitos fundamentais é um corolário desta tendência.

Mas o aspecto mais significativo e preocupante é a tentativa de desincentivar o recurso a tribunal pelas pessoas e empresas sancionadas. Com efeito, a solução

encontrada não se bastou com o aumento dos prazos de prescrição (que passam para um máximo de 10 anos e meio) ou com a consagração de a revisão judicial poder decidir por coimas mais elevadas ou outras sanções mais onerosas para os visados. O culminar desta tendência consistiu inequivocamente na eliminação do efeito suspensivo do recurso judicial, obrigando as empresas e pessoas a pagar primeiro e discutir depois.

Antevêm-se sem dificuldade enormes prejuízos para os visados, sempre que, depois de punidas, vieram a ser ilibadas: é facto público e notório que a administração pública é tudo menos lesta a devolver montantes indevidamente cobrados a pessoas físicas e empresas, ainda que por ordem dos tribunais. A afectação das coimas a uma multiplicidade de instituições públicas e a necessidade de as recuperar posteriormente junto de cada uma delas, só por si, encarregar-se-á de tornar o exercício num autêntico calvário administrativo e judicial, possibilitando oposições, invocação de ilegitimidades e um sem número de conhecidas excepções destinadas a protelar o reembolso de montantes entretanto desaparecidos na voragem dos orçamentos públicos.

E mesmo a possibilidade consagrada de solicitar ao juiz a prestação de caução poderá vir a ser apenas uma miragem, atendendo à dificuldade (quando não impossibilidade absoluta) actualmente sentida pelas empresas em recorrer a instituições financeiras para emissão de cauções (as quais como concessão de crédito, estão geralmente sujeitas a plafonds de crédito, exigência de contra-garantias, comissões, impostos).

Ao lado disso, o merecido aplauso decorrente dos melhoramentos introduzidos (designadamente em matéria de controlo de concentrações e do regime de clemência) acaba por ser diluído pela preocupação de início de uma era de garantias e controlos compactados e preteridos em nome da eficiência e eficácia da autoridade regulatória. ■

O APLAUSO DECORRENTE DE  
ALGUNS MELHORAMENTOS  
INTRODUZIDOS ACABA POR SER  
DILUÍDO PELA PREOCUPAÇÃO  
COM GARANTIAS E CONTROLOS  
COMPACTADOS E PRETERIDOS EM  
NOME DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA  
DA AUTORIDADE REGULATÓRIA



## Promoção e defesa da concorrência

Gonçalo Machado Borges  
gmb@mlgts.pt

“COM A NOVA LEI,  
A AdC PASSA A PODER  
ATRIBUIR GRAUS DE PRIORIDADE  
DIFERENTES ÀS MATÉRIAS  
QUE LHE COMPETE INVESTIGAR”

A nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) introduziu alterações substanciais relativamente ao anterior regime jurídico da concorrência. Para além da revisão, nalguns aspectos profunda, dos capítulos respeitantes à regulação substantiva e processual das práticas restritivas da concorrência e do controlo de concentrações – incluindo o regime dos recursos das decisões da Autoridade da Concorrência (“AdC”) – a nova Lei da Concorrência traz algumas novidades logo no seu capítulo inicial.

O Capítulo I da lei, com a epígrafe “Promoção e defesa da concorrência”, é mais extenso do que a secção correspondente na lei anterior devido ao aditamento de quatro artigos inovadores.

O artigo 5º condensa um conjunto de aspectos relacionados com as atribuições, financiamento e prestação de contas pela AdC que, na generalidade, já resultariam dos respectivos estatutos (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro). A maior inovação prende-se com a determinação, nos números 5 a 8 desta norma, de que a AdC deve elaborar anualmente um relatório de actividades, um balanço e contas anuais, que remete ao Governo e este, em seguida, envia à Assembleia da República. Estes elementos são, depois de aprovados, publicados em Diário da República e na página de internet da AdC.

O artigo 6º, por sua vez, reforça a fiscalização parlamentar da actividade da AdC, por duas vias. Primeiro, através da realização de pelo menos um debate em plenário em cada sessão legislativa (artigo 6º, n.º 1). Depois, estabelecendo que os membros do Conselho da AdC devem comparecer perante a comissão parlamentar competente para uma audição sobre o relatório de actividades anual e, para além disso, para prestar esclarecimentos *ad hoc* sobre questões de política de concorrência.

Talvez a maior inovação seja a introdução de um princípio de oportunidade na promoção processual pela AdC, matéria tratada no artigo 7º. Até agora, a AdC estava vinculada por um estrito princípio de legalidade que a obrigava a abrir inquérito sempre que tomasse conhecimento, por qualquer via (incluindo denúncias de terceiros), de eventuais práticas ilícitas. Com a nova lei, a AdC passa a poder atribuir graus de prioridade diferentes às matérias que lhe compete investigar. Para além disso, deixa de estar vinculada à abertura de processos de contra-ordenação perante quaisquer indícios de ilícito, passando a ponderar essa via à luz de um conjunto de critérios (como a gravidade da eventual infracção e a probabilidade de poder provar a sua existência, entre outros – cfr. artigo 7º, n.º 2).

Em contraponto com esta flexibilidade acrescida na gestão das suas competências sancionatórias, o artigo 8º vem regular expressamente, pela primeira vez, o processamento de denúncias pela AdC. Esta norma prevê um processo de interacção por meio do qual a AdC pode solicitar aos denunciantes observações ou esclarecimentos adicionais, podendo rejeitar as denúncias que considere não terem suficiente fundamento ou não se enquadrarem nas suas prioridades. No entanto, a lei garante a possibilidade de recurso judicial de qualquer decisão de rejeição de denúncia pela AdC, o que salvaguarda os direitos de terceiros (nomeadamente empresas lesadas) no âmbito deste quadro mais flexível resultante do princípio da oportunidade.

Em suma: na parte em que é inovador, o novo Capítulo I da Lei da Concorrência reforça a publicidade em torno da actuação da AdC e a sua *accountability* perante a Assembleia da República, possibilitando uma gestão mais flexível das suas competências sancionatórias em função de prioridades previamente definidas. ■

## Práticas Restritivas

Eduardo Maia Cadete  
maiacadete@mlgts.pt

Os poderes da Autoridade da Concorrência (*Autoridade*) estão agora mais musculados face à anterior Lei da Concorrência, constante da Lei n.º 18/2003, dado que os artigos 13.º a 35.º da Nova Lei da Concorrência (*Lei n.º 19/2012*) desenvolvem e incrementam de forma muito significativa os poderes da Autoridade em processos de práticas restritivas da concorrência. As modificações operadas têm por desiderato aumentar a eficácia da actuação da Autoridade.

Os pedidos de informação da Autoridade têm agora, em regra, de ser respondidos no prazo regra de 10 dias úteis (artigo 15.º). Em termos processuais, a nova lei explicita que as notificações, em sede de procedimentos referentes a práticas restritivas da concorrência, podem agora ser efectuadas directamente pela Autoridade para o domicílio de uma empresa localizada fora do território nacional (artigo 16.º) e os membros de órgãos de soberania têm agora expressamente previsto na lei o dever de comunicar à Autoridade as potenciais violações de direito da concorrência de que tomem conhecimento – artigo 17.º, n.º 5.

Os poderes *base* de inspecção da Autoridade, previstos no artigo 18.º, continuam alinhados com aqueles conferidos à Comissão Europeia pelo artigo 20.º do Regulamento 1/2003. Como um desenvolvimento relevante face à anterior Lei da Concorrência, a Autoridade tem agora (ao abrigo do artigo 19.º) a possibilidade de efectuar buscas domiciliárias nas casas de (i) sócios de empresas, (ii) membros de órgãos de administração, (iii) trabalhadores, e, em geral, (iv) de colaboradores de empresas ou de associações de empresas. Cumulativamente, a Autoridade, ao abrigo dos artigos 19.º, n.º 7 e 20.º, passa também a poder efectuar buscas e apreensões em escritórios de advogados e em consultórios médicos. As disposições legais que conferem à Autoridade a possibilidade de efectuar buscas e apreensões em residências e em escritórios de advogados, no âmbito do processo de práticas restritivas da concorrência, deverão vir a ser escrutinadas pelo Tribunal Constitucional ao abrigo da Lei Fundamental, dado que não parece que essas disposições se conformem com a Constituição da República, designadamente em termos de adequação, necessidade e proporcionalidade.

O procedimento de transacção na fase de inquérito é agora, *ex novo*, regulado na nova lei (artigo 22.º) e pode ser desencadeado *ex officio* pela Autoridade ou por iniciativa da empresa. Entidades terceiras não podem aceder à proposta de transacção – artigo 22.º, n.º 16. O processo, na fase de inquérito, pode também ser arquivado mediante a apresentação de compromissos pela empresa arguida (artigo 23.º). Antes da aceitação dos compromissos, a Autoridade tem de publicar na sua página de *internet*, bem como em dois jornais de circulação nacional, um sumário do processo e dos compromissos propostos pela empresa arguida – artigo 23.º, n.º 4. A decisão da autoridade que aceita os compromissos não reconhece a existência de um ilícito jusconcorrencial – artigo 23.º, n.º 6. Em regra, a fase de inquérito deve ser concluída no prazo de 18 meses a contar da data do despacho de abertura do procedimento – artigo 24.º.

O prazo regra para efeitos de resposta à nota de ilicitude na fase de instrução passa a ser de 20 dias úteis – artigo 25.º, n.º 1. A nova Lei da Concorrência passa também a prever a possibilidade de a Autoridade adoptar notas de ilicitude adicionais num mesmo processo – artigo 25.º, n.º 6 –, conduzida que, no entanto, já levou no passado a que decisões da Autoridade viessem a ser anuladas na fase judicial pela judicatura. A lei prevê que o procedimento de transacção possa ser desencadeado pela empresa na fase de instrução – artigo 27.º. As entidades terceiras, tal como previsto para a fase de inquérito, não podem aceder às propostas de transacção apresentadas na fase de instrução – artigo 27.º, n.º 11. A empresa pode também apresentar compromisso na fase de instrução (*vide* artigo 28.º em articulação com o acima referido em relação à apresentação de compromissos na fase de inquérito ao abrigo do artigo 22.º).

Em sede de informação confidencial e de protecção de segredos de negócio das empresas, a Autoridade passa agora a ter o poder de *ex officio* desconsiderar a protecção dos segredos de negócio das empresas, quando a informação acedida seja por si considerada como necessária para fazer prova

“AS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE CONFEREM À AUTORIDADE A POSSIBILIDADE DE EFECTUAR BUSCAS EM RESIDÊNCIAS E EM ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS, NO ÂMBITO DO PROCESSO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA, DEVERÃO VIR A SER ESCRUTINADAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DADO QUE NÃO PARECE QUE ESSAS DISPOSIÇÕES SE CONFORMEM COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DESIGNADAMENTE EM TERMOS DE ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE.”

do ilícito jusconcorrencial (artigo 31.º, n.º 3), assim se prevendo a possibilidade de ser descautelada e desconsiderada a protecção de segredos de negócio das empresas.

Em termos de acesso ao processo pela empresa arguida, o artigo 33.º, n.º 3, estabelece que a Autoridade pode impedir o acesso pela empresa se considerar que o mesmo pode ser prejudicial para a investigação, pelo que nestes termos a norma pode contender materialmente com o processo justo e equitativo, com o *due process of law*, e com o exercício efectivo e material do direito de defesa pelas empresas.

Por último, o artigo 34.º confere à Autoridade o poder de adoptar medidas provisórias, as quais são válidas, em regra, por um prazo de 90 dias, sem prejuízo de prorrogações adicionais; e o artigo 35.º detalha a articulação entre a Autoridade os reguladores sectoriais em procedimentos de práticas restritivas da concorrência, articulação essa que pode levar, *inter alia*, à suspensão do processo pela Autoridade aquando da investigação dos mesmos factos pelo regulador sectorial ao abrigo das respectivas competências e atribuições. ■



# Controlo de Concentrações

Pedro de Gouveia e Melo  
pgmelo@mlgts.pt

## PRINCIPAIS ALTERAÇÕES:

- REVISÃO DOS LIMIARES DE NOTIFICAÇÃO
- ELIMINAÇÃO DO PRAZO DE NOTIFICAÇÃO
- ALINHAMENTO DO TESTE SUBSTANTIVO COM O DIREITO DA UE

Entre as alterações mais relevantes da nova Lei em matéria de controlo de concentrações contam-se a revisão dos limiares de notificação baseados no volume de negócios e na quota de mercado, que pretende limitar o dever de notificação às operações que produzam em Portugal efeitos de algum significado; a eliminação do prazo de notificação de 7 dias úteis, que era desnecessário e conduzia frequentemente a notificações pouco completas; e o alinhamento do teste substantivo de apreciação de concentrações com o teste “Entrave Significativo à Concorrência Efectiva” do Regulamento das Concentrações Comunitárias, o qual também influenciou outras alterações nesta área.

## Limiares de notificação

A nova Lei contém três limiares para determinar se uma operação está sujeita ao dever de notificação obrigatória:

- **O volume de negócios** agregado das partes em Portugal no último exercício tiver excedido € 100 milhões (anteriormente, €150 milhões) e pelo menos duas das empresas em causa tiverem realizado individualmente um volume de negócios de € 5 milhões em Portugal no mesmo período (anteriormente, €2 milhões);
- O limiar da **quota de mercado** (anteriormente de 30%) é aumentado para 50% do “mercado nacional” de um dado produto ou serviço;
- **Novo limiar da quota de mercado de minimis**: a aquisição, a criação ou o reforço de uma quota entre 30% e 50% do “mercado nacional” será sujeita a notificação prévia apenas se pelo menos duas das empresas em causa tiverem realizado individualmente em Portugal um volume de negócios de € 5 milhões no ano anterior.

## Novo teste substantivo e critérios de apreciação

O teste de “dominância” da anterior Lei da Concorrência é substituído pelo teste do “Entrave Significativo à Concorrência Efectiva”. Esta alteração alinha o teste nacional de apreciação substantiva de concentrações com o direito da União Europeia, e poderá influenciar a apreciação num pequeno número de processos de “efeitos unilaterais”, designadamente quando a eliminação de pressões concorrenciais importantes produza efeitos prejudiciais à concorrência, mesmo que não se possa demonstrar a que a entidade resultante da concentração detém posição dominante. A nova Lei também acrescenta novos critérios adicionais para a apreciação substantiva de operações (para além dos existentes, que são comuns ao direito da UE). O primeiro permite uma “*efficiency defence*” limitada, e dispõe que a evolução do progresso técnico e económico que não constitua um obstáculo à concorrência deve ser tida em conta desde que as eficiências beneficiem consumidores e resultem da operação. O segundo, mais controverso, prevê que a Autoridade tome em consideração o poder do mercado do comprador de forma a impedir o reforço, face à empresa resultante da concentração, de situações de dependência económica. Pelo contrário, o critério da “competitividade internacional da economia nacional” (nunca aplicado expressamente pela Autoridade) deixa de figurar na nova Lei.

## Regras processuais

- **Eliminação do prazo de notificação**, que era desnecessário, na medida em que as partes encontram-se impedidas de consumir a operação antes da adopção, pela Autoridade, de uma decisão de aprovação expressa ou tácita.

- **Notificação voluntária** antes da assinatura dos contratos passa a ser expressamente permitida, desde que partes demonstrem “intenção séria” de concluir o negócio.
- **Diversos prazos processuais são revistos:**
  - Deixa de haver limite às suspensões do prazo resultantes de pedidos de informações adicionais (a anterior lei previa limite de 10 dias úteis na fase II).
  - Em casos de investigação aprofundada (fase II), a Autoridade deve emitir um comunicado de objecções às partes e terceiros contra-interessados no prazo de 75 dias úteis após notificação.
  - A apresentação de compromissos em ambas as fases do processo suspende o prazo de decisão por 20 dias úteis.
  - O prazo de decisão pode ser prorrogado na fase II até 20 dias úteis por iniciativa da notificante ou com o seu acordo.
  - O parecer vinculativo da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC) suspende o prazo de decisão.
  - Os prazos para as investigações officiosas são alinhados com os prazos do procedimento comum.
  - A alteração substancial da notificação reinicia a contagem do prazo de decisão.
- **Acesso ao processo por terceiros é mais limitado**, e permitido apenas no período para apresentação de observações, no início da fase I, e no período de audição prévia em ambas as fases do procedimento.
- **Poderes de investigação mais reduzidos.** Em processos de concentração a Autoridade deixa de poder fazer buscas nas instalações das partes na concentração (poderes que, de resto, nunca foram utilizados no passado).

### Operações isentas de notificação

- **Âmbito da excepção de insolvência limitado** às aquisições por um administrador de insolvência no âmbito de um processo judicial de insolvência (tal como no direito da UE).
- **Isenção de aquisições temporárias por instituições financeiras também mais limitada.** A exemplo do direito da UE, tais aquisições apenas estão isentas se forem realizadas com objectivo de revenda, o adquirente não exercer os direitos de voto correspondente para determinar o comportamento concorrencial da empresa, e se a alienação ocorrer no prazo de um ano (prorrogável pela Autoridade)

### Outras alterações

- **Operações interligadas.** Duas ou mais operações de concentração realizadas num período de dois anos entre as mesmas empresas serão consideradas uma única concentração e sujeitas a notificação se, no conjunto, atingirem o limiar do volume de negócios (v. acima).
- **Ineficácia da operação antes da aprovação.** A nova Lei clarifica que todos os negócios jurídicos de uma transacção implementada antes da aprovação pela Autoridade são ineficazes, ou seja, não produzem qualquer efeito jurídico.
- **Novas obrigações de “stand still”.** A nova Lei requer que as empresas adquirentes suspendam os seus direitos de voto na empresa adquirida. Em contraste, a administração da empresa adquirida está limitada a actos de “gestão normal” e está impedida de alienar algum dos activos da empresa (aparentemente mesmo se tal operação não estiver ligada à concentração em apreciação). ■

---

PARA UMA DESCRIÇÃO DETALHADA DAS REGRAS DE CONTROLO DAS CONCENTRAÇÕES EM PORTUGAL, V. O CAPÍTULO [PORTUGAL DO INTERNATIONAL COMPARATIVE LEGAL GUIDE TO: MERGER CONTROL 2012](#) (GLOBAL LEGAL GROUP), DE CARLOS B. MONIZ E PEDRO G. MELO.



## Infracções, sanções e clemência

Inês Gouveia  
igouveia@mlgts.pt

**A** Nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012) trata da matéria das infracções e sanções no Capítulo VII e da dispensa ou redução de coima (vulgo, “Clemência”) no seu Capítulo VIII. A título prévio, salienta-se que **a nova lei veio colmatar a lacuna legal que impedia a Autoridade da Concorrência (AdC) de aplicar sanções por violações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. A previsão expressa, no art. 68.º, 1, alínea b), segundo a qual a violação do disposto nesses artigos “constitui contra-ordenação punível com coima”, significa que a AdC deixa de estar limitada à (mera) constatação da infracção, para passar a poder igualmente sancioná-la.

Em termos globais, embora as novas regras em matéria de infracções e sanções não introduzam mudanças fracturantes face ao regime anterior, há um conjunto de modificações dignas de nota.

No art. 69.º, a determinação da medida da coima é alvo de densificação, mediante a inclusão expressa de critérios adicionais como sejam: a natureza e dimensão do mercado afectado, a duração da infracção, a situação económica do visado e antecedentes contraordenacionais, a tomada em consideração das vantagens obtidas com a infracção apenas quando as mesmas forem identificadas. Trata-se, no essencial, de critérios cuja aplicação resultava já, em larga medida, da legislação subsidiariamente aplicável ou da jurisprudência em sede de controlo judicial das decisões da AdC.

Verifica-se, com agrado, que **mereceram acolhimento os comentários apresentados em sede de consulta pública quanto à adopção, pela AdC, de linhas de orientação em matéria de cálculo das coimas (prevista no n.º 8 do art. 69.º)**, aspecto que é muito positivo dada a relevância desta matéria e o interesse dos visados na máxima certeza e segurança quanto às coimas potencialmente aplicáveis. Ainda no art. 69.º (n.º 2), o **limite máximo da moldura abstracta da coima aplicável a empresas passa a ser calculado por referência ao volume de negócio realizado no “... exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória...” da AdC**, solução em clara oposição com a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa na matéria, para quem o ano a considerar deve ser o ano da cessação da prática ilícita. Já no caso de pessoas singulares, a moldura máxima

aplicável pode agora ir até um limiar máximo de **10 % da respectiva remuneração anual** auferida no exercício de funções na empresa infractora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.

No cômputo da **moldura máxima aplicável por infracção de associação de empresa** o volume de negócios a ponderar deixa de estar limitado ao volume de negócios agregado das empresas associadas *que hajam participado no comportamento proibido* e **passa a ter-se em conta o volume de negócios agregado das empresas associadas (ou seja, todas)**. Esta solução afigura-se injusta no caso de associações que abrangem um conjunto amplo de actividades, distintas e dissociáveis entre si, e os participantes/actividades em causa num procedimento dizem respeito apenas a uma parte delas.

O art. 73.º introduz regras significativamente mais detalhadas em matéria de responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas, embora a exaustividade da norma nem sempre signifique um alargamento do respectivo âmbito de responsabilidade.

Assim, **no caso de uma infracção resultante de um acto de um trabalhador** (que não seja um titular de órgão social ou um representante da empresa nem tenha autoridade para exercer “o controlo da [sua] actividade”) verifica-se que - fruto de uma redacção decalcada do Código Penal - **a empresa visada apenas pode ser responsabilizada nos casos em que tenha havido uma violação dos deveres de vigilância pelos respectivos superiores hierárquicos** (parecendo não bastar já, como anteriormente, que o trabalhador actue em nome ou por conta da empresa ou no exercício das suas funções).

O n.º 8 do mesmo artigo **impõe às empresas cujos representantes eram membros dos órgãos directivos de uma associação ao tempo da infracção a responsabilidade solidária pelo pagamento da coima ou sanção pecuniária compulsória imposta à associação**, responsabilidade que apenas pode ser afastada se tais membros tiverem lavrado oposição escrita à decisão que constitui a infracção ou da qual a mesma resulta.

Em matéria de prescrição, a nova lei eleva de 6 meses para 3 anos o prazo máximo admissível para a suspensão da prescrição, o que se afigura excessivo tendo em conta (entre outros aspectos) a criação de um tribunal especializado em matéria de concorrência.

Fruto desta nova regra, **o prazo máximo para a prescrição do procedimento**

**contra-ordenacional, eleva-se para 10 anos e meio, no caso das contra-ordenações mais graves.**

A isto acresce que há suspensão da prescrição pelo período de tempo em que a decisão da AdC for objecto de recurso judicial o que, na prática, limita de forma drástica a relevância do instituto da prescrição.

**Em matéria de clemência**, o regime jurídico anterior é revogado e substituído pelos artigos 75.º a 82.º da nova lei. As mudanças são significativas e têm um **intuito claro de aproximação ao regime da clemência vigente ao nível da UE**.

O âmbito objectivo da clemência (art. 75.º) é reduzido, **passando a ser “elegíveis” apenas os acordos ou práticas concertadas entre concorrentes que visem coordenar comportamentos no mercado ou influenciar variáveis concorrenciais relevantes** (e não, como anteriormente, todo e qualquer prática restritiva da concorrência, seja ela de natureza horizontal ou vertical).

A dispensa (ou imunidade total) da coima continua a estar reservada apenas à primeira empresa a requerer a clemência, mas não se exige que o pedido seja apresentado numa fase em que não há ainda qualquer investigação em curso.

Assim, **a dispensa da coima é possível mesmo que a AdC já se encontre a investigar o caso**, desde que o requerente seja o primeiro a fornecer as informações e elementos necessários (i) à realização de uma inspecção ou (ii) à verificação da existência de uma infracção (cumulativamente com o cumprimento de outros deveres de índole comportamental).

**A redução de coima passa a ser possível para todas as empresas que pretendam apresentar um pedido de clemência e que forneçam informação e provas de “valor adicional significativo”**, sendo este critério (e não o número de empresas já intervenientes) que determina a possibilidade ou não de redução (cumulativamente com o cumprimento de deveres de índole comportamental).

Por fim, a **lei qualifica como confidenciais (art. 81.º) todos os documentos e informações apresentados para efeitos de clemência** (bem como os pedidos respectivos e eventuais declarações orais) e introduz **limitações muito significativas quanto ao acesso que o visado pelo processo ou terceiros podem ter à informação apresentada no âmbito de um pedido de clemência.** ■



# Recursos Judiciais

Luís do Nascimento Ferreira  
lferreira@mlgts.pt

**P**ara benefício do leitor, focar-nos-emos no regime aplicável aos recursos de processos contraordenacionais, dado que não existem alterações de relevo nos recursos relativos a processos administrativos. Inclusivamente, mantém-se o desequilíbrio, herdado da anterior lei, entre a existência de apenas dois graus de jurisdição para processos contraordenacionais, face aos três níveis de recurso nos processos administrativos, tendencialmente menos complexos e com consequências menos gravosas.

## Considerações gerais

A matéria dos recursos contraordenacionais é das que mais polémica tem gerado no quadro do novo regime.

Desde pelo menos 2008 que a Autoridade propugna por uma revisão dos mecanismos de recurso judicial em matéria contraordenacional. No entender da Autoridade, haveria necessidade de reduzir os incentivos para o que considera ser o uso indiscriminado deste direito por parte dos arguidos.

Ora, a verdade é que os factos se encarregam de contradizer a tese do uso generalizado dos recursos com propósitos dilatórios. Desde logo, qualquer limitação a direitos constitucionalmente garantidos e plenamente consolidados nas ordens jurídicas democráticas, como o acesso à justiça e a presunção de inocência, só deveria equacionar-se em face de ponderosos valores de alcance equivalente. O que não nos parece ser o caso aqui.

Os próprios números comprovam que, num conjunto significativo de casos, os tribunais portugueses acabaram por decidir a favor das empresas, anulando, no todo ou em parte, as decisões da AdC. Esta circunstância demonstra, só por si, a necessidade de se continuar a manter um escrutínio judicial efetivo sobre a atividade desenvolvida pela Autoridade neste campo.

Ainda assim, o legislador introduziu importantes modificações no sistema de recursos em processos de práticas restritivas da concorrência.

## O recurso passa a ter, em regra, efeito meramente devolutivo

Inverteu-se a regra clássica, das infrações penais e da vasta maioria das contraordenações, de que a interposição de recurso contra uma decisão da AdC suspendia os efeitos dessa

decisão até trânsito em julgado. Passou agora a consagrar-se a natureza devolutiva destes recursos, o que significa que a decisão tem de ser executada pelos arguidos ainda antes de o tribunal a apreciar, com as ressalvas que veremos adiante.

O impacto desta alteração é particularmente gravoso, atendendo, em especial, ao elevadíssimo valor que as coimas podem atingir neste domínio, à dificuldade que existe em reaver do Estado montantes que lhe hajam sido indevidamente pagos e à ausência de qualquer mecanismo de reposição do valor económico desses montantes indevidamente pagos (e, como tal, das perdas económicas em que incorrem as empresas nesta situação) no caso de a AdC vir a decair na ação judicial.

No texto da nova lei, procurou-se, de alguma forma, mitigar as implicações negativas convocadas por esta modificação de regime, ao, por um lado, excecionar do efeito devolutivo as medidas de caráter estrutural que acompanhem a decisão condenatória e, por outro, prever a possibilidade de o recurso assumir efeito suspensivo quando o arguido demonstre que a execução da decisão lhe causa prejuízo considerável e preste caução.

A primeira exceção parece-nos o mínimo aceitável, atendendo ao efeito irreversível das medidas estruturais. Resta saber que aplicação terão os casos de efeito suspensivo e se, na prática, atendendo às dificuldades e exigências financeiras que as empresas enfrentam e aos montantes, prazos e critérios de prestação de caução que venham a ser definidos pelo novo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, a substituição da coima pela caução não se revelará inviável.

É certo que a possibilidade de suspensão do pagamento da coima pelo tribunal corresponde ao modelo da UE, mas também é verdade que a Comissão dispõe de uma elevadíssima taxa de sucesso *antitrust* e que esse modelo existe há quase 50 anos, tendo sido criado numa época e num contexto que em nada se assemelham aos dos tempos atuais, com as dificuldades de financiamento que são conhecidas.

## Possibilidade de *reformatio in pejus*

A iniquidade do efeito devolutivo torna-se tanto mais patente quanto é certo que outro aspeto do novo regime dos recursos bastaria para salvaguardar os receios da Autoridade e dissuadir do uso leviano deste direito. Falamos da competência de plena jurisdição de que passa a beneficiar o tribunal competente, que

pode agora manter, reduzir ou aumentar as coimas e demais sanções aplicadas pela AdC.

## As decisões de arquivamento são irrecorríveis

A nova lei estabelece que não é admissível recurso de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições, o que, anunciado nestes moldes absolutos, é algo que não se percebe. Desde logo, uma empresa visada por uma decisão de arquivamento mediante condições pode ter interesse em recorrer dessa decisão, se, por exemplo, a AdC impuser condições que não resultem de compromissos propostos pelo visado. Note-se, aliás, que, nem no caso de uma decisão resultante do procedimento de transação a lei impede o recurso pelo arguido, limitando-se a proibir o *venire contra factum proprium*, estabelecendo assim que os factos confessados pelo visado não podem ser por este judicialmente impugnados.

Mas onde nos parece que a irrecurribilidade das decisões de arquivamento se torna mais inexplicável e injusta é quanto aos queixosos. Inexplicável e injusta em termos absolutos, por não haver qualquer razão que deva impedir os denunciante de verem a sua pretensão sindicada judicialmente num caso em que a AdC se recuse a agir, e também em termos relativos. Não parece fazer sentido que as decisões da Autoridade que rejeitem denúncias sejam expressamente recorríveis nos termos do artigo 8.º, n.º 4, e que as decisões de arquivamento em sede de inquérito ou mesmo de instrução não o sejam, quando é certo que nestes últimos casos terá até havido diligências probatórias que podem aproveitar ao queixoso.

## O prazo de recurso foi alargado, mas é ainda insuficiente

O prazo para recorrer das decisões finais condenatórias passa de 20 para 30 dias úteis, o que, ainda assim, nos parece escasso, atendendo à complexidade, à dimensão e às consequências sancionatórias dos processos desta natureza. Basta pensar que, para responder à nota de ilicitude no termo do inquérito, o arguido dispõe de um prazo não inferior a 20 dias úteis, e que o recurso das decisões finais condenatórias (que são tipicamente muitos extensas) exige uma reapreciação da totalidade do caso. Teria sido preferível, conforme sugerido na consulta pública, alinhar com o prazo de 2 meses da ação de anulação a nível da União Europeia. ■



## CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

# A nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil

Lauro Celidonio Neto / Amadeu Ribeiro /  
Frederico Carrilho Donas  
lauro@mattosfilho.com.br / amadeu@mattosfilho.com.br /  
fdonas@mattosfilho.com.br  
www.mattosfilho.com.br

“A PRINCIPAL NOVIDADE DA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA É A INTRODUÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE PRÉVIO DE OPERAÇÕES, QUE NÃO PODERÃO SER CONSUMADAS ANTES DE SUA APROVAÇÃO PELO CADE”

A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira – Lei n. 11.259/2011 – entrou em vigor em 29 de maio de 2012, trazendo importantes mudanças na análise de concentrações econômicas. A principal novidade foi a introdução do sistema de controle prévio de operações, que não poderão ser consumadas antes de sua aprovação pela autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). E no próprio dia 29 o Cade regulamentou a nova Lei, e definiu critérios para notificação e análise dos atos de concentração.

A nova legislação brasileira estabelece a obrigatoriedade de notificação ao Cade de operações que (i) resultem em concentração econômica; (ii) produzam efeitos no Brasil, seja por meio de presença local direta de uma das partes, seja por meio de exportação de produtos ou serviços ao país; e (iii) ao menos um dos grupos econômicos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto Brasil não inferior a R\$ 750 milhões, e outro grupo faturamento superior a R\$ 75 milhões no ano anterior à operação.

Para os fins de apuração do faturamento são consideradas integrantes de um mesmo grupo econômico: (i) as empresas sob controle comum, interno ou externo; e (ii) as sociedades nas quais aquelas empresas sob controle comum detêm pelo menos 20% do capital social ou votante.

Nos casos de fundos de investimentos, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico: (i) o gestor do fundo; (ii) os fundos que estejam sob a mesma gestão; (iii) os cotistas que detenham mais de 20% das cotas de pelo menos um desses fundos; e (iv) empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

Operações que envolvem a transferência de controle empresarial são de notificação obrigatória ao Cade. É o caso, por exemplo, de operações de: (i) fusão ou incorporação de empresas antes independentes; (ii) aquisição ou consolidação, direta ou indireta, do controle; (iii) aquisição, direta ou indireta, de partes de uma ou mais empresas, mediante compra ou permuta de ações,

quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou outro meio ou forma.

Há ainda operações que, embora não envolvam transferência de controle empresarial, devem ser notificadas. São os casos de: (i) atos que confirmam ao adquirente o status de maior investidor numa empresa ou grupo de empresas; (ii) aquisição de participação acionária igual ou superior a 20%, nos casos de empresas não concorrentes nem verticalmente relacionadas; (iii) aquisição de participação igual ou superior a 5% do capital social, nos casos de empresas concorrentes ou verticalmente relacionadas; e (v) contratos associativos, consórcios e joint ventures, salvo se destinados a licitações promovidas pela administração pública.

Como regra geral, as notificações deverão ser realizadas após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Exceção à regra são as aquisições de participações societárias por meio de ofertas públicas, que poderão ser notificadas após a concretização da operação mobiliária que der causa ao ato de concentração. Nesse caso, entretanto, é vedado o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida, salvo quando expressamente autorizado pelo Cade para proteção do investimento.

As condições de concorrência entre as partes envolvidas na operação deverão ser preservadas até o julgamento do ato. Dessa forma, é vedado às partes transferir ativos, exercer qualquer tipo de influência uma sobre a outra, ou trocar informações que não sejam estritamente necessárias para a celebração dos contratos. O descumprimento dessas condições sujeita as partes a multa entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões (€ 23 mil a € 23 milhões, aproximadamente), declaração de nulidade dos atos praticados, e possível investigação por infração à ordem econômica.

Ainda assim, as partes poderão solicitar ao Cade autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração nos casos em que houver iminência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis. Para tanto, além dos iminentes prejuízos, as partes precisam demonstrar que a consumação antecipada do ato não implica perigo de dano irreparável à concorrência e que todas as medidas autorizadas são integralmente reversíveis.

Por fim, a nova Lei também prevê a possibilidade de o Cade determinar a submissão de atos que não se enquadrem nos critérios legais, no prazo de até um ano a contar da data de consumação da operação. ■

“COMO REGRA GERAL,  
AS NOTIFICAÇÕES DEVERÃO SER  
REALIZADAS APÓS A ASSINATURA  
DO INSTRUMENTO FORMAL  
QUE VINCULE AS PARTES E ANTES  
DE CONSUMADO QUALQUER  
ATO RELATIVO À OPERAÇÃO”



MEMBRO  
MLGTS LEGAL CIRCLE  
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

*Procurando responder às necessidades crescentes dos seus Clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado no Brasil, Angola, Moçambique e Macau.*

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS  
SOCIEDADE DE  
ADVOGADOS

#### LISBOA

Rua Castilho, 165  
1070-050 Lisboa  
Tel.: (+351) 213 817 400  
Fax: (+351) 213 817 499  
mlgtslisboa@mlgts.pt

#### PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2  
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto  
Tel.: (+351) 226 166 950  
Fax: (+351) 226 163 810  
mlgtsporto@mlgts.pt

#### MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2º  
Sala 212 – 9000-060 Funchal  
Tel.: (+351) 291 200 040  
Fax: (+351) 291 200 049  
mlgtsmadeira@mlgts.pt

São Paulo, Brasil (em parceria)  
Martos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr.  
e Quiroga Advogados

Luanda, Angola (em parceria)  
ALC – Angola Legal Circle Advogados

Maputo, Moçambique (em parceria)  
SCAN – Advogados & Consultores

Macau, Macau (em parceria)  
MdME | Lawyers | Private Notary

MEMBER  
LEX MUNDI  
THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

www.mlgts.pt