

Observações da Morais Leitão à Consulta Pública da AdC atinente ao projeto de Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Sumário

I. Introdução	4
II. Apreciação na Generalidade	4
III. Apreciação na Especialidade	5
Ponto 2	5
Ponto 3	5
Ponto 4	6
Ponto 6	6
Pontos 15 e 16	6
Ponto 23	6
Ponto 24	7
Ponto 25	7
Ponto 26	7
Ponto 27	8
Ponto 28	8
Ponto 30	8
Ponto 31	8

PORTUGAL

mlgts.pt

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
T +351 213 817 400
F +351 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Avenida da Boavista, 3265 – 4.2
Edifício Oceanv's
4100-137 Porto
T +351 226 166 950 - 226 052 380
F +351 226 163 810 - 226 052 399
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA

Av. Arriaga, 73, 1.º, Sala 113
Edifício Marina Club
9000-060 Funchal
T +351 291 200 040
F +351 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

Ponto 32.....	9
Ponto 36.....	9
Ponto 38.....	10
Ponto 39.....	10
Ponto 41.....	10
Ponto 43.....	11
Pontos 46 a 48.....	11
Ponto 50.....	11
Ponto 51.....	12
Ponto 58.....	12
Pontos 59 e 60.....	12
Ponto 64.....	13
Ponto 67.....	14
Ponto 71.....	14
Ponto 72.....	14
Pontos 78-82, 84.....	14
Ponto 83.....	15
Ponto 84.....	15
Ponto 85.....	15
Ponto 87.....	16
Ponto 93.....	16
Ponto 95.....	16
Pontos 95 a 98.....	16
Ponto 107.....	16
Ponto 113.....	17
Ponto 128.....	17
Ponto 140.....	17

Pontos 142 e 144	18
Ponto 146.....	18
Ponto 148.....	18
Ponto 149.....	18
Ponto 151.....	19
Ponto 154.....	19
Pontos 163 e 170	19
Ponto 183.....	20
Ponto 201.....	20
Ponto 210.....	20
Ponto 212.....	20
Ponto 214 (e 223)	20
Pontos 215 e 218	21
Ponto 224.....	21
Pontos 230 e 232	21
Ponto 239.....	22
Ponto 242.....	22
Ponto 244.....	22
Ponto 251.....	22
Pontos 252 e 253	22
Ponto 280.....	23
Ponto 281.....	23
Anexo – ponto 14.....	23
IV. Conclusão.....	23

I. Introdução

O presente documento contém as observações da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados S.P. R.L. (“**Morais Leitão**” ou “**ML**”) à consulta pública promovida e lançada pela Autoridade da Concorrência (“**Autoridade**” ou “**AdC**”), em julho de 2023, relativamente ao projeto de Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“**LdC**”), e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“**TFUE**”) (“**Projeto de Linhas de Orientação**”).

A Morais Leitão felicita a AdC pela promoção da consulta, volvidos dez anos desde as primeiras Linhas de Orientação em relação à condução dos processos associados a práticas restritivas da concorrência e instrução dos respetivos procedimentos (“**Linhas de Orientação 2013**”). A evolução legislativa e jurisprudencial entretanto ocorrida e o amadurecimento de alguns tópicos relevantes na aplicação prática do Direito da Concorrência justificam visitar algumas das orientações e, bem assim, atualizá-las em conformidade. Em contrapartida, e no que se refere a questões ou dúvidas ainda em aberto, sugere-se alguma parcimónia na abordagem seguida nas Linhas de Orientação, por forma a assegurar a sua adequação à resolução definitiva de alguns temas, de que a possibilidade e os termos da apreensão de correio eletrónico em processo por práticas restritivas da concorrência é exemplo (na senda dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (“**TRL**”), no processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2 e, bem assim, dos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 314/2023).

Em fidelidade à pronúncia que também apresentou por referência ao projeto das Linhas de Orientação 2013, e sempre que a manutenção da sua adequação ou utilidade o justifiquem, a Morais Leitão reiterará aqui as observações já a propósito tecidas, em momento passado.

II. Apreciação na Generalidade

Na generalidade, o Projeto de Linhas de Orientação acolhe uma interpretação conforme ao que resulta da LdC, sucessivamente alterada, e das normas relevantes do TFUE, procurando, também, convocar e aplicar o acervo jurisprudencial dos tribunais nacionais e europeus, aplicável *ratione materiae*.

É, ainda, merecedor de referência individual o Anexo ao Projeto de Linhas de Orientação, contendo orientações sobre a proteção de confidencialidades no âmbito de processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência. Em razão da litigiosidade e incerteza associada à questão, e, bem assim, da sua relevância, é de aplaudir que a AdC procure, por esta via, sistematizar a respetiva prática e a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) e do TRL, avançando orientações que contribuem para aumentar a certeza jurídica e evitar divergências quanto à solução procedimental aplicável.

III. Apreciação na Especialidade

Apesar da apreciação positiva na generalidade, considera-se que existem pontos a propósito dos quais o Projeto beneficiará de melhorias. Importa aqui assinalá-las.

As Observações na especialidade seguem, no essencial, a estrutura do documento da Autoridade, sendo apenas identificadas as secções e/ou pontos relativamente aos quais se considera oportuno e adequado tecer comentários, nesta sede, ao teor do Projeto das Linhas de Orientação.

Ponto 2

Os direitos fundamentais e as garantias das Visadas devem necessariamente ser valorados pela AdC na prossecução de processos contraordenacionais, tal como resulta da jurisprudência nacional e da respetiva convocação, para efeitos da interpretação do Direito da Concorrência. Desta forma, considera-se que a AdC deverá acrescentar menção expressa no final da frase deste ponto, terminando-a do seguinte modo “(...) assim aumentando a eficácia e a eficiência na análise e acompanhamento dos factos suscetíveis de configurarem práticas restritivas da concorrência, no respeito pelos direitos fundamentais e garantias das Visadas”

Ponto 3

Neste ponto, parece-nos relevante mencionar, além das alterações legislativas, a evolução jurisprudencial. Assim, propõe-se que o parágrafo termine com a seguinte menção: “(...) e, bem

assim, a jurisprudência dos tribunais judiciais nacionais, do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Constitucional aplicável racione materiae”.

Ponto 4

Neste ponto, a AdC afirma que as Linhas de Orientação se afiguram aplicáveis à generalidade dos processos de práticas restritivas. Ressalva, porém, a existência de casos pontuais justificativos de uma atuação distinta da aí definida. Entendemos imprescindível clarificar, por uma questão de certeza e segurança jurídicas, o caráter excepcional dessas situações, devendo as mesmas ser devidamente fundamentadas, com a explicitação do motivo do desvio.

Ponto 6

Por uma questão de clareza discursiva, sugerimos que a AdC substitua “*disposições gerais aplicáveis a todas as secções precedentes*” por “*disposições transversais a todas as secções*”.

Pontos 15 e 16

Entendemos que a AdC deverá mencionar um prazo indicativo para a apreciação preliminar das denúncias e para a comunicação aos denunciantes das medidas que se propõe adotar. O quadro temporal indicativo para o efeito poderá ser, à semelhança do que ocorre com a Comissão Europeia¹, de 4 (quatro) meses a contar da receção da denúncia.

Ponto 23

Comparando as Linhas de Orientação 2013, e atualmente em vigor, com o Projeto de Linhas de Orientação, não se compreende a alteração da concordância em número do início da frase deste ponto. Ao referir-se a “*informação e documentação*”, a AdC deveria manter a expressão “*obtidas*” “*podem*” e “*utilizadas*”, ao invés do seu equivalente no singular, como ora pretende.

¹ Cfr. a Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, ponto 61.

Numa outra nota, entendemos também que não há necessidade de introduzir aqui a fórmula do objeto, causador de entropias na leitura do parágrafo. Assim, **sugere-se optar pela referência a “entidades sujeitas às diligências”, ao invés de “entidades objeto de diligências”.**

Por fim, importa explicitar que esta ‘transferência de elementos probatórios’ não pode ser utilizada como meio de contornar formalidades e garantias processuais aplicáveis aos meios de obtenção de prova para cada processo em específico. Sugere-se assim a **inserção no final do parágrafo da fórmula “, e que a sua obtenção tenha respeitado os seus direitos, e, bem assim, todas as formalidades e garantias processuais concretamente aplicáveis ao processo no qual se pretende a sua utilização”**

Ponto 24

Através da reformulação do anterior ponto 22, a AdC elimina a **referência à “probabilidade de poder provar” a existência da infração**, abandonando este como um dos pontos a considerar na avaliação da abertura de inquérito. Tendo em atenção, entre outros, os danos reputacionais que a abertura de inquérito tende a infligir às Visadas, considera-se relevante a manutenção do segmento, para efeitos de elaboração de um juízo perfunctório mais sólido, e concordante com a alegada “gravidade” da infração.

Ponto 25

Tendo em atenção a falta de concretização legal quanto à duração máxima da fase de inquérito, devido à sua prorrogabilidade pela AdC, cremos ser relevante a inclusão de um parágrafo que concretize e densifique o conceito de “impossibilidade”, de forma a assegurar os direitos das Visadas, que, caso contrário, se veem submetidas a inquéritos cuja duração excede até a duração máxima desta fase em processo penal (18 meses), e cuja danosidade social é, à partida, superior.

Ponto 26

Para proteção das expectativas das Visadas, seria desejável a definição de critérios ou prazos indicativos que balizem temporalmente o pedido de pronúncia à autoridade reguladora setorial, de forma a evitar que esta intervenção se torne um meio de contornar a duração necessária/máxima da fase de inquérito.

Ponto 27

A mesma sugestão (vd. ponto anterior) se avança relativamente à decisão de suspender a decisão de instauração de inquérito. Neste caso, faria sentido que a AdC previsse o contacto com a autoridade reguladora setorial em causa, de forma a informá-la da sua tomada de decisão, ou, em alternativa, estipulasse critérios indicativos necessários para garantir segurança jurídica para as potenciais Visadas.

Ponto 28

Considerando a aprovação do Regulamento dos Mercados Digitais (*Digital Markets Act* ou DMA)², poderá fazer sentido, porquanto também releva de matéria de cooperação, **incluir uma referência ao artigo 38.º do DMA**, que rege a cooperação e coordenação da Comissão Europeia com as autoridades nacionais competentes responsáveis pela aplicação das regras de concorrência.

Ponto 30

Sugere-se que a AdC **esclareça o que entende por “entidades domiciliadas no estrangeiro”**. O conceito de domicílio presta-se a múltiplos significados, pelo que seria relevante esclarecer qual a aceção em que é perspetivado pela AdC (**sede estatutária, sede efetiva/centro de atuação da empresa em questão**).

Acresce que a AdC não pode notificar, pelo menos com efeitos cominatórios em caso de incumprimento, entidades domiciliadas noutros Estados no âmbito de “diligências de investigação” sem recurso a mecanismos de cooperação judiciária, sob pena de violação da soberania de outros Estados, tal como não pode exigir que essas entidades custeiem a tradução da notificação e das suas respostas.

Ponto 31

² Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais) PE/17/2022/REV/1, JO L 265 de 12.10.2022, p. 1-66.

O Projeto de Linhas de Orientação altera a redação das Linhas de Orientação 2013, atualmente em vigor, eliminando a expressão “*elementos de informação (...) convenientes ou necessários*” para, apenas, “*informações (...) necessárias*”. Em seguida, a AdC mantém, porém, o texto de 2013, adaptando-o somente no sentido de explicar que considera como “*necessários todos os elementos que permitam apurar, por parte da AdC, a existência ou inexistência de uma alegada infração, os seus agentes e a respetiva responsabilidade, bem como outros elementos, com aquela relacionados, relevantes para a boa decisão do processo*” (sublinhados nossos).

No entanto, tendo em conta a redução à ideia de *necessidade*, que implica um princípio de minimização, sugere-se a **reformulação da referência abrangente de “*todos os elementos*” ou de “*outros elementos relacionados*”, apenas podendo ser tidos em consideração os elementos estritamente necessários para se apurar da (in)existência da infração, os seus agentes e respetiva responsabilidade.**

É ainda necessária uma referência aos direitos ao silêncio e à não autoinculpação, na medida em que não pode ser exigida a prestação de informações ou elementos que impliquem a assunção de responsabilidade pela prática de uma infração ao Direito de Concorrência.

Ponto 32

Ainda que se concorde que o “*objeto do pedido de elementos e o suporte em que tais elementos devem ser fornecidos são definidos pela AdC*”, parece-nos relevante e positivo do prisma dos direitos de participação processual prever a possibilidade de as Visadas apresentarem alegações atinentes à (in)viabilidade da utilização de suportes particulares, atendendo às suas características próprias e modos de funcionamento, estrutura informática e programas utilizados internamente.

Ponto 36

Uma primeira nota quanto a este parágrafo prende-se com a utilização, na primeira frase, da expressão “***direito de defesa*”**. **Aconselha-se a utilização do plural**, tendo em conta a presença de um direito complexo e abrangente de diferentes faculdades jusfundamentais. A própria AdC, no início da segunda frase, utiliza a expressão “*direitos de defesa*”, pelo que recomendamos a uniformização do plural.

Seria desejável uma referência ao princípio da presunção de inocência, na vertente do direito à não autoinculpação, na medida em que não pode ser exigida a prestação de informações ou elementos que impliquem a assunção de responsabilidade pela prática de uma infração ao Direito de Concorrência. O Projeto de Linhas de Orientação remove a expressão “*existência*”, constante da seguinte frase do documento de 2013: “*não podendo impor-lhes que forneçam respostas pelas quais sejam levadas a admitir a existência da infração*” (sublinhado nosso). Parece-nos importante manter a referência à “*existência da infração*”, acautelando, de forma explícita e por escrito, o alcance do direito.

Por fim, e em linha com o que resulta do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, aliás citado pela AdC nesta secção das Linhas de Orientação, sugerimos que fique registado que a empresa Visada não é obrigada a responder a pedidos de elementos que contenham conteúdo conclusivo ou juízos valorativos, no sentido autoinculpatório.

Ponto 38

A frase atual parece-nos confusa e não retrata de forma fiel o disposto no artigo 14.º, n.º 3, da LdC. Por uma questão de clareza e simetria face à LdC, sugerimos que, onde se lê “*A AdC poderá deferir uma única prorrogação do prazo, no máximo, por período de 30 dias*”, se leia “*A AdC poderá deferir uma única prorrogação do prazo pelo período máximo de 30 dias*”.

Ponto 39

No cálculo do montante da sanção pecuniária compulsória, entendemos que a AdC deve levar em consideração eventuais pedidos prévios de prorrogação pela(s) Visada(s), contemplando expressamente esse como um fator exemplificativo a considerar, no cálculo do montante da sanção. Sugere-se ainda que a AdC inclua, nas suas Linhas de Orientação, um elenco, ainda que indicativo, dos critérios a utilizar na determinação do montante da sanção.

Ponto 41

Importa explicitar, no final da alínea h), que esta ‘transferência de elementos probatórios’ não pode ser utilizada como meio de contornar formalidades e garantias processuais aplicáveis aos meios de obtenção de prova para cada processo em específico. Sugere-se assim a inserção no final do parágrafo

da fórmula “, e que a sua obtenção tenha respeitado todas as formalidades e garantias processuais concretamente aplicáveis ao processo no qual se pretende a sua utilização.”

Adicionalmente, sempre que a informação e/ou documentação solicitada seja(m) destinada(s) a processo de contraordenação em curso, deverá(ão) a(s) mesma(s) ser solicitada(s) nesse âmbito, e sempre mediante comunicação expressa ao destinatário da sua qualidade de suspeito, para que este possa, se assim o entender, exercer os seus direitos.

Ponto 43

Atendendo às possibilidades hoje oferecidas pelas tecnologias e meios telemáticos, e considerando a prática dos tribunais nacionais, nomeadamente do TCRS, parece-nos aconselhável que a AdC preveja expressamente a possibilidade de realização de inquirições de testemunhas por meios telemáticos, sempre que igualmente adequados e idóneos, sem prejuízo para a efetividade do ato.

Por outro lado, entendemos que a decisão de realizar inquirições fora das instalações da AdC deverá ser fundamentada, com a inclusão de indicação expressa do motivo na(s) credencial(is) respetiva(s).

Pontos 46 a 48

Importa, nestes pontos, acautelar os direitos fundamentais das Visadas ou potencialmente Visadas no Processo, independentemente da sua natureza.

Assim, quanto ao Ponto 46, propõe-se excecionar, como feito no Ponto 47, também a prestação de declarações desfavoráveis para a própria Declarante, na medida em que deverá sempre ser acautelado o direito à não autoincriminação. Sugere-se que seja explicitamente referido que a Declarante não tem o dever de responder a quesitos que possam contribuir para a sua indicição e/ou condenação por qualquer ilícito contraordenacional ou criminal.

Ponto 50

Em face da jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional (nos acórdãos n.º 687/2021 e, em particular, n.º 91/2023 e n.º 314/2023), considera-se que as prerrogativas de busca, exame, recolha e apreensão de correio eletrónico e respetivos termos, em processo jusconcorrencial, se encontram, ainda, envoltas em alguma incerteza e dúvidas, justificativas de parcimónia por parte da AdC. Além ou independentemente da questão relativa à existência de uma reserva absoluta do processo penal

nesta sede (nos termos do acórdão do TC n.º 687/2021), considera-se avisado, e em linha com a jurisprudência mais recente, ao menos balizar os poderes de busca e apreensão da AdC à obtenção de mandado, a atribuir pelo juiz de instrução no que toca a mensagens de correio eletrónico, e pelo Ministério Público, para a restante documentação eletrónica não abrangida por outro tipo de segredo ou pela proteção aplicável a informação íntima (conforme desenvolvido no ponto 60, *infra*).

Ponto 51

Tendo em conta o contexto de sujeição fática em que as Visadas e demais sujeitos se encontram em contexto de buscas, exames, recolhas e apreensões, deverá ficar expressamente previsto o procedimento a seguir, em caso de solicitação da comparência de advogados externos para acompanhamento das diligências. Em particular, deverá ser possível a solicitação, pelas Visadas, da comparência prévia dos respetivos mandatários, antes do início das diligências, devendo, em tais casos, os colaboradores da AdC aguardar durante um período razoável (até à chegada dos mandatários).

Ponto 58

Sugere-se mitigar a abrangência deste ponto, na medida em que não se pode permitir que qualquer mandado de busca e apreensão permita a apreensão de qualquer documento. A expressão “ainda que apenas indiretamente se relacionam ou contribuam para o esclarecimento do objeto da investigação em curso” deverá ser substituída por “desde que respeitantes ao objeto da investigação em curso”

Pontos 59 e 60

Em relação às mensagens de correio eletrónico, reitera-se a necessidade de alguma parcimónia por parte da Autoridade, quer face ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021, de onde resulta que a apreensão destas mensagens constitui “*reserva absoluta de processo criminal*”, quer face aos mais recentes acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023, de onde resulta a necessidade de mandado prévio do juiz para efeitos da apreensão de mensagens de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. No mesmo sentido, também o acórdão do TRL, no processo n.º 10626/18.0T9LSB-B.L1-PICRS, nos termos da qual “*É do juiz a competência para autorizar ou*

ordenar a apreensão mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante”.

Tendo em conta a existência de decisões muito recentes sobre a questão, considera-se não ser avisado cristalizar nas Linhas de Orientação possibilidades cuja validade, ou cujos termos aqui previstos, poderão colidir com a jurisprudência constitucional (*vd.*, por exemplo, a menção à “autoridade judiciária competente”, que importará substituir pela referência à “autoridade judicial competente” ou “juiz”).

Por outro lado, no que respeita à possibilidade de a AdC aceder remotamente a dados informáticos armazenados “*num sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro*”, deverá a AdC, não apenas especificar a que sistemas pretende aceder, como limitar esse acesso a sistemas informáticos localizados em território nacional. Importa assinalar que esta norma foi importada do artigo 15.º, n.º 5, da Lei do Cibercrime, que teve na sua génese o artigo 19.º, n.º 2, da Convenção do Cibercrime do Conselho da Europa, em relação ao qual se diz, no parágrafo 193 do respetivo Relatório Explicativo, que “*O outro sistema informativo ou parte do sistema informativo terá, contudo, de estar também ‘no seu território’*”. A razão, como bem explica o *Transborder Group* junto do Conselho da Europa, no seu Relatório “*Transborder access and jurisdiction: What are the options?*”³ prende-se com a circunstância de o Estado não poder exercer a sua jurisdição diretamente noutro Estado.

Para obter prova armazenada noutros Estados, independentemente de se encontrar diretamente acessível através de um sistema informático (contanto que não haja consentimento da entidade legalmente autorizada a facultar o acesso), a AdC tem à sua disposição a Decisão Europeia de Investigação, nos termos do disposto na Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto.

Ponto 64

Sugere-se a seguinte redação: ***“Ademais, também a falta ou recusa de resposta que extravase os limites do direito à não autoincriminação ou o fornecimento de resposta falsa, inexata ou incompleta, bem como a não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício dos seus poderes no decurso***

³ Disponível em <https://rm.coe.int/16802e79e8>.

das diligências de busca, exame, recolha e apreensão constituem contraordenações e podem constituir, quando concretamente verificados os seus elementos objetivos e subjetivos, crime de desobediência.”

Ponto 67

Para efeitos de segurança jurídica, sugere-se a inserção, também neste Ponto, de menção explícita ao momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo, tal como feito no Ponto 68.

Ponto 71

Importa distinguir a obtenção de prova por busca ou apreensão, da prova por prestação de declarações ou inquirição. Nessa medida, importa explicitar que os pedidos de esclarecimentos necessários ao desenvolvimento das diligências não devem ser utilizados como meio de contornar formalidades e garantias processuais concretamente aplicáveis. Pelo que se sugere a inserção no final do parágrafo da seguinte frase: *“Neste âmbito, deverão ser observadas todas as formalidades e garantias processuais concretamente aplicáveis à obtenção de prova por inquirição e/ou prestação de declarações, incluindo o direito a representação judiciária por mandatário da escolha do inquirido, mais devendo ser acautelado o princípio da presunção de inocência, sobretudo na vertente do direito à não autoinculpação.”*

Ponto 72

Tendo em conta que a Administração se vê sujeita a um princípio de juridicidade mais lato do que a mera subordinação à legalidade *stricto sensu*, sugere-se que, onde se lê, *“tem o poder de, dentro dos limites da lei e do mandado”*, se leia *“tem o poder de, dentro dos limites da lei e do mandado, e no respeito pelos direitos fundamentais e demais garantias processuais aplicáveis,”*

Pontos 78-82, 84

Em particular, a AdC deve ser clara quanto ao uso absolutamente excepcional e restritivo desta prerrogativa, mais devendo definir orientações práticas sobre a respetiva extensão, à luz dos artigos 20.º, n.º 3, e 208.º da Constituição da República Portuguesa, impondo a proteção adequada do sigilo e a salvaguarda, aos advogados, das imunidades necessárias ao exercício do mandato. Acrescem os

artigos 76.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados e 180.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, que não permitem a apreensão de documentos (incluindo correspondência) abrangidos pelo sigilo profissional, seja qual for o seu suporte, exceto se estiver em causa facto criminoso ou crime.

Ponto 83

A AdC avança neste ponto, e de forma categórica, que a mera circunstância formal de um sujeito com inscrição ativa junto da Ordem dos Advogados assumir um outro cargo na empresa é suficiente para afastar a proteção votada ao sigilo profissional do advogado. Refuta-se a automaticidade, não podendo bastar a assunção de um cargo nominal (diferente) para o efeito, pelo que o ponto deve ser reformulado.

Ponto 84

Quanto a este ponto, importa assinalar que a AdC não poderá aceder a dispositivos informáticos onde seja expectável que possa ser encontrado qualquer tipo de correspondência, uma vez que, para tal, necessitará de autorização judicial prévia. Quando se trate de dispositivos ou informações de outra natureza, importa acautelar a necessidade de proteção do sigilo profissional, sendo que se sugere, nesse sentido, a seguinte redação: “Sem prejuízo do referido no parágrafo 82 e nas condições legalmente previstas, nada obsta a que a AdC, mediante autorização prévia da autoridade judiciária competente, examine dispositivos e documentos, ainda que no decurso de tal exame se confronte com informações suscetíveis de poderem estar protegidas por sigilo profissional de advogado, caso em que imediatamente pautará a sua atuação pelas disposições legais concretamente aplicáveis, e, nomeadamente pelos artigos 180.º e 182.º do Código de Processo Penal, 75.º a 77.º e 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.”

Ponto 85

Sugere-se, à semelhança do que sucede no ponto 80, a referência à autoridade judiciária concretamente competente neste caso: o juiz de instrução.

Ponto 87

Recomenda-se a manutenção da competência do juiz de instrução, em linha com o artigo 19.º da LdC, e evitando, assim, dúvidas quanto à autoridade judiciária em questão. Também assim a própria AdC é coerente com a redação da nota de rodapé 115 deste Projeto de Linhas de Orientação.

Ponto 93

Em relação aos quatro poderes da AdC referidos neste ponto, sugere-se, em linha com as considerações até aqui tecidas e de forma a informar o leitor das Linhas de Orientação da AdC dos direitos e garantias processuais aplicáveis neste contexto, uma referência, ainda que genérica, aos limites e formalidades processuais aplicáveis à atuação da AdC.

Ponto 95

Deverá ficar clara a diferença entre i) uma prerrogativa de avaliação-determinação da relevância das informações para o objeto da investigação e ii) um dever de proceder ao desentranhamento das informações irrelevantes ou desnecessárias. Sugere-se, pois, a substituição do verbo *poder*, no início da frase.

Pontos 95 a 98

De forma a acautelar os direitos de defesa das Visadas, e, nomeadamente, o princípio do contraditório, refere-se que o procedimento de desentranhamento não pode ser levado a cabo pela AdC sem serem dados conhecimento e oportunidade às Visadas para se pronunciarem sobre o conteúdo probatório que lhes diga respeito. Assim, deve ser dada oportunidade às Visadas de tomarem conhecimento dos elementos probatórios que a AdC pretende excluir do processo, para que o possam aproveitar, se assim o desejarem. Em caso contrário, a AdC poderia recolher e analisar prova, e confrontada com elementos probatórios de cariz exculpatório, poderia desentranhá-los sem que as Visadas alguma vez tivessem tido oportunidade de os analisar.

Ponto 107

Tendo em atenção que o prazo de duração máxima do inquérito é substancialmente superior à duração prevista em processo penal, tendo um elevado custo reputacional e impacto negativo na atividade da

Visada, considera-se importante referir, neste ponto, que a AdC tem o dever de encerrar o inquérito no menor prazo possível (sem comprometer os fins do processo), de forma a limitar a compressão dos direitos da Visada ao mínimo indispensável. Assim sendo, sugere-se ainda a remoção do termo “*indicativa*” no presente ponto.

A inviabilidade de cumprimento do prazo de conclusão do inquérito deverá ainda ser comunicada à Visada de forma fundamentada, permitindo-lhe inteligir os motivos subjacentes à necessidade de ultrapassar a duração máxima indicativa de 18 meses.

Ponto 113

Tendo em atenção que o encerramento do inquérito constitui uma decisão que materialmente põe fim ao procedimento, e pese embora as particularidades do processo contraordenacional em Direito da Concorrência, também este se encontra submetido ao princípio da oportunidade, motivo por que aditar, por via de Linhas de Orientação, uma causa de reabertura do inquérito que não se encontra legalmente prevista na Lei da Concorrência ou no artigo 279.º do Código de Processo Penal, viola o princípio da legalidade e compromete a segurança jurídica. Sugere-se, assim, a remoção da seguinte preposição “*ou caso o processo de investigação em causa tenha passado a ser considerado prioritário (e tenha sido previamente arquivado por esse motivo não se verificar), sem que questões atinentes ao princípio ne bis in idem a tanto impeçam*”.

Ponto 128

De entre os elementos a considerar para efeitos da fixação de prazo superior, sugere-se a inclusão da circunstância de, contra a mesma Visada, correrem vários processos em simultâneo, assim internalizando este como um fator de ponderação.

Ponto 140

De forma a garantir que as Linhas de Orientação não servem um propósito meramente descritivo, sugere-se que a AdC proponha um prazo indicativo (ou um intervalo temporal) para a junção aos autos dos elementos respeitantes à audição oral, assim reforçando a segurança jurídica para as potenciais Visadas.

Pontos 142 e 144

O caráter irrelevante ou dilatório das diligências complementares requeridas deverá ser objeto de fundamentação por parte da AdC, sob pena de o seu juízo não ser inteligível, em violação dos princípios da atividade administrativa e do processo justo e equitativo.

Ponto 146

A indicação de que “a AdC pode decidir realizar diligências complementares de prova, durante o prazo concedido para pronúncia escrita, após o termo desse prazo ou posteriormente à realização da audiência oral eventualmente requerida pelo(s) visado(s)” terá de ser fortemente mitigada. O princípio da concentração da acusação não permite à AdC realizar estas diligências *ad-hoc*. Sugerimos, assim, que seja frisado, neste ponto, o caráter absolutamente excecional do expediente em questão, mais ressalvando que deverá sempre ser facultado o direito ao contraditório das Visadas.

Ponto 148

A possibilidade de a AdC apresentar observações em sede de notificação de diligências complementares de prova (após a notificação da Nota de Ilicitude), não tem assento na lei e contraria o princípio da concentração da acusação. Sugere-se, em conformidade, a eliminação da seguinte passagem: “Caso entenda pertinente, a AdC poderá, naquela notificação, apresentar observações escritas relativas especificamente aos elementos recolhidos e sua eventual relevância processual.”

Ponto 149

Quanto à possibilidade de adoção de nova Nota de Ilicitude, sugerimos que fique a constar deste ponto (em conformidade com o decidido pelo Tribunal de Comércio de Lisboa na decisão judicial adotada em 21.02.2011 no processo 116/09.0TYLSB) que a Autoridade não pode adotar nova Nota de Ilicitude quando a “nova nota de ilicitude é exercida após a apresentação da defesa pelos arguidos e se destina, claramente, apenas a ‘blindar’ a acusação relativamente a factos que já eram objeto dos autos por referência a elementos que já ali constavam antes e a alargar o âmbito temporal da imputação mediante o resultado da atividade de investigação que é iniciada apenas após a dedução da nota de ilicitude, sem que haja qualquer razão palpável ou patente nos autos que explique o início tardio de tal atividade.”

Ponto 151

Além da observância do artigo 18.º da LdC, sugere-se **referência expressa ao cumprimento dos procedimentos aplicáveis**.

Ponto 154

Temos sérias reservas quanto ao elenco de situações que a AdC considera suscetíveis de justificar a prorrogação do prazo de 12 meses para a conclusão da instrução do processo.

Pela própria natureza excecional do expediente, apenas se poderão admitir como circunstâncias justificativas de atraso as que envolvam situações imprevisíveis à partida. Serão disso exemplo, como bem menciona a Autoridade, a prorrogação do prazo para pronúncia escrita, a realização de diligências complementares de prova ou decisões judiciais que conduzam à repetição de atos ou diligências. Em contrapartida, e em princípio (exceto em caso de atraso imprevisível e não imputável à própria AdC), não serão aceitáveis, como fundamento para a prorrogação do prazo da instrução, circunstâncias que estejam expressamente previstas na lei, e que nessa medida sejam perfeitamente antecipáveis pela AdC, como o sejam a realização de uma audição oral, que, para mais, configura um direito das partes (artigo 25.º, n.º 2 da LdC), ou a necessidade de obtenção de parecer de autoridades reguladoras sectoriais, que constitui uma formalidade obrigatória nos domínios sujeitos a regulação sectorial (artigo 35.º, n.º 2 da LdC). **Sugerimos, portanto, a exclusão, ou ao menos mitigação, deste último grupo de situações do elenco.**

Por fim, não podemos deixar de notar que as alterações do Projeto de Linhas de Orientação face à redação de 2013 nos parecem injustificadamente protetoras da AdC – estabelecendo prazos meramente “*indicativos*” ou “*sempre que possível*” para a sua tomada de ação –, em desequilíbrio manifesto face aos direitos das Visadas, às quais não são oferecidas idênticas garantias.

Pontos 163 e 170

A ideia de que os compromissos se destinam a “*eliminar os efeitos anticoncorrenciais das práticas em causa*” não exprime adequadamente a natureza e o intuito desses mesmos compromissos, já que, nestes casos, havendo lugar a uma decisão de arquivamento, a AdC acaba por não concluir pela existência de uma infração à lei (cfr. artigo 23.º, n.º 6 da LdC). Nesta medida, **propomos a substituição**

da citada expressão por uma referência simples a “preocupações preliminares identificadas pela AdC”.

Ponto 183

A AdC fixa um prazo “*não superior a 15 dias úteis*” para a conclusão das conversações no âmbito de um procedimento de transação. Entendemos que atendendo às características específicas do procedimento, este prazo deve ser meramente indicativo, admitindo-se a possibilidade de prorrogação mediante devida justificação.

Ponto 203

Sugere-se esclarecer que o acesso ao processo aqui em vista é aquele que é concedido à(s) Visada(s).

Ponto 210

Considera-se relevante esclarecer que o dever de acautelar o interesse legítimo na não divulgação dos segredos de negócio (e outras informações confidenciais) se aplica, independentemente da sujeição do processo a segredo de justiça.

Ponto 212

Pela respetiva importância e autonomia, sugere-se fazer referência específica aos dados pessoais, cujo tratamento deverá seguir os termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (‘RGPD’) e demais legislação aplicável (incluindo a lei de proteção de dados - Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto). Por seu turno, e tendo em conta a possibilidade de ilisão da presunção associada à perda de confidencialidade pelo decurso do tempo, sugere-se a reformulação da frase como uma impossibilidade *prima facie*.

Ponto 214 (e 223)

Considerando a abrangência da noção de informações confidenciais, sugere-se que se complemente a referência “*por motivos de segredos de negócio*” com o segmento “*ou outras informações confidenciais ou protegidas*”.

Pontos 215 e 218

Sem prejuízo da regra contida no artigo 30.º, n.º 4, da LdC, que “penaliza”, com a acessibilidade da(s) informação(ões), as empresas que não identifiquem as informações e documentos considerados confidenciais, entendemos, uma vez mais, que o Projeto de Linhas de Orientação não se deve limitar a ser descritivo.

Neste sentido, estes pontos devem conter a ressalva de que a regra aí referida não prejudica o dever de a AdC acautelar a proteção dos segredos de negócio e de outros elementos confidenciais, até porque, nos termos do artigo 18.º dos Estatutos da AdC, os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu pessoal, estão especialmente obrigados a guardar sigilo dos factos cujo conhecimento lhes advenha do exercício das suas funções.

Ponto 224

Em linha com o disposto no RGPD em matéria de tratamento de dados, sugere-se que o acesso esteja sujeito a um princípio de minimização, **fazendo referência aos dados pessoais estritamente necessários.**

Pontos 230 e 232

Sugere-se, tendo em atenção as questões concretamente debatidas em sede de recursos judiciais recentes, que a AdC adite ao Ponto 230 um elenco de critérios em função dos quais se determinará concretamente a atendibilidade dos motivos invocados para a consulta por terceiros de processos em fase administrativa, assim assegurando a transparência e a segurança jurídica.

Mais, e em respeito pelo princípio do contraditório face à potencial compressão dos direitos processuais das Visadas, sugere-se que seja aditada, após o Ponto 232, uma referência à necessidade de notificação dos sujeitos processuais potencialmente afetados pelo acesso, para que se possam pronunciar, em prazo razoável, sobre o pedido de acesso ao processo por um terceiro.

Ponto 239

Sugere-se, a este respeito, que, para estar habilitada a fazer a melhor ponderação possível face a este conflito de direitos (direito à proteção de informação confidencial e direitos de defesa), a AdC deva dar à Visada a oportunidade de se pronunciar sobre a informação que concretamente pretende revelar.

Comentado [AdC1]: Isto é feito (§ 240 e 241), não percebo

Ponto 242

Sugere-se que, em substituição da referência genérica à “necessidade”, se apele aos elementos absolutamente necessários à imputação.

Ponto 244

De entre o elenco de possibilidades abertas ao detentor da informação na sua pronúncia ou em momento anterior à mesma, sugere-se a previsão da possibilidade de requerer a prorrogação do prazo para pronúncia.

Ponto 251

Sugere-se a circunscrição da publicação à respetiva página eletrónica, através dos referentes “apenas” ou “em exclusivo”, e de forma a afastar a *necessidade* da publicação em outros meios, tais como redes sociais porventura tituladas ou dinamizadas pela própria AdC.

Pontos 252 e 253

Tendo em conta a possibilidade de recurso das decisões da AdC pelas Visadas, os comunicados de imprensa atinentes à adoção das respetivas decisões deverão fazer referência apenas ao setor económico de atividade em causa e à qualidade assumida pela empresa Visada (distribuidora, fornecedora, prestadora de serviços)⁴, por forma a acautelar o respetivo direito à presunção de inocência, cuja necessidade de proteção se mantém até que haja juízo condenatório transitado em julgado.

⁴ Cf. acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 1282/21.0BELSB.

Sugere-se ainda, tendo em atenção a publicação regular pela AdC de comunicados relativos a decisões condenatórias, que, pelos mesmos motivos (nomeadamente, a proteção da transparência na atuação de uma instituição pública e o direito à informação) seja também dada devida publicidade às decisões absolutórias e de arquivamento, bem como aos recursos judiciais, de forma a transmitir a imagem mais atual e fiel possível dos processos em causa.

Ponto 280

Sugere-se o esclarecimento de que em causa estão dias úteis.

Ponto 281

Por motivos de segurança jurídica e de forma a tornar as presentes Linhas de Orientação mais do que descritivas, sugere-se que seja feito um elenco de critérios ou que seja densificada a noção de suficiência da fundamentação.

Anexo – ponto 14

Sugere-se a referência expressa ao RGPD e ao princípio de minimização nele consagrado.

IV. Conclusão

A Morais Leitão pretende dar o seu contributo para a melhoria do Projeto de Linhas de Orientação, no sentido de uma maior clareza dos procedimentos seguidos pela Autoridade na generalidade de processos contraordenacionais em que estejam em causa potenciais infrações às regras da concorrência.

O objetivo das Observações é, portanto, o de colaborar com a Autoridade, no sentido de uma maior certeza jurídica e da efetividade e eficácia da análise e acompanhamento de práticas restritivas da concorrência, no respeito e garantia dos direitos das empresas e dos cidadãos.

8 de setembro de 2023

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, S.P. R.L.