

# Novos Estudos sobre *Law Enforcement,* *Compliance* e Direito Penal

## **COORDENAÇÃO CIENTÍFICA**

Maria Fernanda Palma

Augusto Silva Dias

Paulo de Sousa Mendes

## **ORGANIZADORES**

Paulo de Sousa Mendes

José Neves da Costa

Tiago Geraldo

# As diligências de busca e apreensão em processos sancionatórios: contextualização da sua evolução a partir da Lei da Concorrência

MARGARIDA ROSADO DA FONSECA<sup>\*/\*\*</sup>

**Sumário:** Introdução; I. O enquadramento relevante da União Europeia. 1. Os poderes de investigação de infrações às regras de Concorrência da UE. 2. Das “diferentes velocidades” dos enquadramentos setoriais da UE; II. O enquadramento jurídico nacional relevante. 1. Os poderes sancionatórios da AdC desde a sua criação até 2012. 2. Reforço dos poderes sancionatórios da AdC durante o PAEF. 3. A articulação de competências entre a AdC e os “reguladores setoriais”; III. O anteprojeto da AdC de transposição da Diretiva ECN+. Notas Finais.

## Introdução

A utilização de meios de obtenção de prova, como sejam as diligências de busca (e exame), recolha e apreensão, em sede de processos de contraordenação da competência das entidades administrativas independentes (“reguladores”) é um tema complexo e com grande relevância prática. São inúmeros os contributos doutriniais e vários os desenvolvimentos jurisprudenciais que debatem questões como sejam as exigências legais que

\* O presente texto tem como ponto de partida a apresentação feita em 28 de abril de 2018, na 10<sup>a</sup> sessão do II Curso de Pós-Graduação sobre *Law Enforcement, Compliance* e Direito Penal nas atividades Bancária, Financeira e Económica.

\*\* Advogada, Coordenadora da Área de Prática de Direito Europeu e da Concorrência na CS Associados. As opiniões transmitidas durante a sessão de 28 de abril de 2018 e no presente contributo são estritamente pessoais.

impedem sobre os reguladores para a utilização dos mesmos meios e o âmbito da intervenção das “autoridades judiciárias” para salvaguarda dos direitos das entidades envolvidas (como sejam o sigilo da correspondência entre os advogados e as empresas), para além da articulação com as disposições constitucionais e processuais penais relevantes e/ou da afirmação de um corpo de normas autónomo. Sem prejuízo da sua enorme relevância e utilidade, restam ainda várias questões por esclarecer, pelo que mantém grande atualidade o debate do tema.

Em nosso entender, no momento atual a problemática da utilização dos referidos meios de obtenção de prova pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) nos processos sancionatórios por infração das regras de concorrência assume uma importância especial pelas razões que abaixo se enunciam, pelo que constitui o objeto do nosso contributo para o tema em apreço.

Nos últimos 3 anos, a AdC terá realizado diligências de busca e apreensão em “23 processos de investigação de práticas anticoncorrenciais”<sup>1</sup> e algumas das mesmas terão sido objeto de recurso judicial por parte das empresas envolvidas a propósito da articulação dos poderes da AdC com a salvaguarda dos seus direitos de defesa.

Ora, a dimensão do impacto económico de uma decisão da AdC que declara a existência de uma infração às regras de concorrência resulta clara das sanções previstas no Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)<sup>2</sup>. Tem-se em conta, em especial, a dimensão da coimas, as quais podem ascender **(a)** a 10% do volume de negócios das “empresas”<sup>3</sup> participantes na infração que foram realizados durante o exercício precedente à adoção da decisão condenatória pela(s) entidade(s) competente(s), **(b)** no caso de ser destinatária uma associação de empresas, do volume de negócios

<sup>1</sup> Cfr. os “Resultados da AdC – 2017, 2018, 2019”, disponíveis em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Noticias/Paginas/Resultados-AdC-2017-2018-2019.aspx?lst=1&Cat=2019](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Paginas/Resultados-AdC-2017-2018-2019.aspx?lst=1&Cat=2019).

<sup>2</sup> Lei nº 19/2012 de 8 de maio (“RJC”), publicada no Diário da República (“D.R.”), 1ª série, Nº 89, da mesma data, p. 2404 e seguintes. Foi alterada pela Lei nº 23/2018, de 5 de junho, publicada no D.R., 1ª série, Nº 107, da mesma data, p. 2368 e seguintes.

<sup>3</sup> O art. 3º do RJC estabelece que o conceito de “empresa” engloba o grupo económico. Ademais, o art. 73º, nº 1 do RJC prevê que a responsabilidade pela prática das contraordenações abrange “pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica”.

agregado das empresas associadas<sup>4</sup>. Acresce que os destinatários das coimas, em determinadas circunstâncias, incluem a pessoas singulares que são titulares de cargos numa das “empresas (ou associações de empresas) participantes na infração”<sup>5</sup>.

Para o presente contexto cumpre recordar que constitui uma contraordenação “a não colaboração” com a AdC ou a “obstrução ao exercício dos poderes” pela mesma no contexto da realização de diligências de busca e apreensão em sede de processo sancionatório<sup>6</sup>. E esta contraordenação é punível com uma coima que pode ascender a um montante considerável<sup>7</sup>, sendo que não dispensa o infrator do cumprimento da obrigação legal ou “ordem emanada” da AdC nesse âmbito, caso tal ainda seja possível<sup>8</sup>.

Acresce que, o legislador Português reforçará os poderes sancionatórios da AdC ao transpor a “Diretiva ECN+”, cujo prazo de transposição termina a 4 de fevereiro de 2021<sup>9</sup>. Com esse objetivo e no que respeita especificamente aos “meios de prova admissíveis”, o legislador terá que garantir que se incluem “*documentos, declarações orais, mensagens eletrônicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas*”<sup>10</sup>. Foi neste contexto que a AdC lançou a consulta pública sobre o seu anteprojeto de transposição da referida Diretiva no dia 25 de outubro de 2019<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. o art. 69º, nº 2 do RJC.

<sup>5</sup> Nos termos do art. 69º, nº 4 do RJC, “*a coima aplicável a pessoas singulares não pode exceder 10 % da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida*”. Cfr. o disposto no art. 73º, nº 1, mencionado acima na nota 3.

<sup>6</sup> Cfr. o art. 68º, nº 1, alínea j) do RJC.

<sup>7</sup> O art. 69º, nos. 3 e 6 do RJC prevê que a coima possa ascender a 1% do volume de negócios das empresas participantes na contraordenação, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas e, no caso de pessoas singulares, a aplicação de uma coima de 10 a 50 unidades de conta.

<sup>8</sup> Cfr. o art. 68º, nº 2 do RJC.

<sup>9</sup> Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)* L 11, de 14.01.2019, p. 3 e seguintes.

<sup>10</sup> Cfr. o art. 32º da Diretiva mencionada acima na nota 9.

<sup>11</sup> De acordo com o Comunicado da AdC, a mesma entidade fê-lo na qualidade de “serviço responsável” para a elaboração do mesmo anteprojeto de diploma, na sequência da sua nomeação para tal, por parte do Ministério da Economia. O prazo inicial da consulta pública foi prorrogado e terminou em 15 de janeiro. Para maior detalhe, consultar:

Por último, não se pode excluir que o reforço dos poderes sancionatórios da AdC no RJC e nos seus Estatutos<sup>12</sup> tenha um “efeito de contágio” à própria “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo” (“Lei-Quadro”)<sup>13</sup> e, por consequência, aos estatutos das entidades por ela abrangidas<sup>14</sup>. Mais precisamente, a adoção do RJC e da Lei-Quadro faz parte de um conjunto de medidas das autoridades Portuguesas que visaram implementar “*reformas estruturais profundas*”<sup>15</sup>, “*destinadas a aumentar a concorrência*” e “*reduzir o envolvimento do Estado nas atividades do setor privado e reforçar a independência dos reguladores setoriais*”. Estas medidas constaram do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (“PAEF”), o qual refletia um conjunto de compromissos assumidos pelas autoridades portuguesas perante os credores internacionais – União Europeia, Estados membros da zona euro e Fundo Monetário Internacional<sup>16</sup> –,

[http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-p%C3%BAblica-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposi%C3%A7%C3%A3o-da-Diretiva-%E2%80%9CECN-%E2%80%9D.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-p%C3%BAblica-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposi%C3%A7%C3%A3o-da-Diretiva-%E2%80%9CECN-%E2%80%9D.aspx).

<sup>12</sup> Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de agosto, que aprovou os estatutos da AdC e está publicado no D.R., 1ª série, Nº 157, da mesma data, págs. 4241 e seguintes.

<sup>13</sup> A Lei nº 67/2013, de 28 de agosto (“Lei-Quadro” ou Lei n.º 67/2013”), foi publicada no D.R., 1ª série, Nº 165, da mesma data, págs. 5184 e seguintes. Posteriormente, foi alterada pela Lei nº 12/2017, de 2 de maio, publicada no D.R., 1ª série, Nº 84, da mesma data, págs. 2169 e seguintes e pela Lei nº 71/2018, de 31 de dezembro (“Lei do Orçamento de Estado para 2019”), publicada no D.R., 1ª série, Nº 251, da mesma data, págs. 6039 e seguintes.

<sup>14</sup> Cfr. o art. 1.º, nº 1 da Lei nº 67/2013, que estabelece a aplicação às seguintes entidades para além da AdC: Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Autoridade Nacional de Comunicações, Autoridade Nacional da Aviação Civil, Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos e Entidade Reguladora da Saúde. A Lei-Quadro exclui expressamente do seu âmbito o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

<sup>15</sup> Cfr. o Considerando (3) da Decisão de Execução 2011/344/UE do Conselho, de 17 de maio de 2011, relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal (“Decisão do Conselho”), publicada no Jornal Oficial da União Europeia (“JOUE”) L 159 de 17.6.2011, p. 88. Esta decisão foi sendo alterada em função da evolução da concretização do Plano de Ajustamento Económico e Financeiro.

<sup>16</sup> As Cartas de Intenções das autoridades portuguesas foram assinadas pelo Ministro de Estado e das Finanças do XVIII Governo e pelo Governador do Banco de Portugal à data e dirigiram-se aos credores internacionais. As referidas Cartas contêm em anexo os memorandos de Entendimento que detalham o PAEF – o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica (*Memorandum of Understanding*), o

na sequência a solicitação oficial de assistência financeira pelas autoridades portuguesas, em 7 de Abril de 2011<sup>17</sup>.

Assim, no presente contributo começamos por resumir o enquadramento relevante da UE sobre os meios de obtenção de prova em sede de investigações de infrações às regras de Concorrência, e as “diferentes velocidades” em termos de harmonização dos enquadramentos jurídicos setoriais. Segue-se a contextualização dos poderes da AdC desde a sua criação em 2003<sup>18</sup> até 2012/2013 e a sua influência no reforço dos poderes dos reguladores por referência ao enquadramento político e económico relevantes. São depois resumidas as principais alterações que a AdC propõe no âmbito da transposição da Diretiva ECN+ (e que, na realidade, a extravasam) e, a final, são apresentadas algumas notas como contributo para a reflexão em curso.

## **I. O enquadramento relevante da União Europeia**

### **1. Os poderes de investigação de infrações às regras de Concorrência da UE**

#### **a) Breves notas**

As regras de concorrência da UE encontram-se previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e aquelas respeitantes especificamente às empresas e associações de empresas constam dos arts. 101<sup>o</sup> e 102<sup>o</sup> TFUE. O Regulamento n<sup>o</sup> 17<sup>19</sup>, de 1962 respeita à execução das

Memorando sobre as Políticas Económicas e Financeiras (“MEFP”) e o Memorando Técnico de Entendimento (*Technical Memorandum of Understanding* ou “TMU”).

O PAEF terminou em junho de 2014 e, desde então, Portugal mantém-se sob “monitorização pós-PAEF” (*Post Programme Surveillance*) até 75% da assistência financeira recebida ter sido reembolsada. Informação disponível aqui: [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-portugal\\_en#programmeforportugal](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-portugal_en#programmeforportugal). Descreve a Comissão que “*The objective of PPS is to measure Portugal’s capacity to repay its outstanding loans to the European financial stability mechanism (EFSM) and European financial stability facility (EFSF). Under PPS, the European Commission and the European Central Bank (ECB), will launch regular review missions to Portugal to analyse economic, fiscal and financial developments, and report semi-annual assessments which may recommend further measures when necessary.*”

<sup>17</sup> Cfr. a Decisão do Conselho acima mencionada na nota 15.

<sup>18</sup> O Decreto-Lei n<sup>o</sup> 10/2003, de 18 de janeiro procedeu à criação da AdC e aprovou os respetivos estatutos. Está publicado no D.R., 1<sup>a</sup> série, N<sup>o</sup> 15, da mesma data, págs. 251 e seguintes. Foi revogado pelo Decreto-Lei n<sup>o</sup> 125/2014.

<sup>19</sup> Regulamento n<sup>o</sup> 17, Primeiro Regulamento de execução dos arts. 85<sup>o</sup> e 86<sup>o</sup> do Tratado (atualmente 101<sup>o</sup> e 102<sup>o</sup> do TFUE), publicado no JOUE, 08/Fasc. 01, de 21.02.62, págs. 22 e seguintes.

previstos nos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (“ERSAR”), verificamos uma grande diferença quanto ao seu âmbito. Mais precisamente e, não obstante serem elencados a título exemplificativo, os poderes da ERSAR não parecem incluir diligências tão *intrusivas* quanto a lei prevê para a AdC e a ERSE<sup>85</sup>. Assim, a ERSAR tem competência para exercer “os poderes de autoridade necessários à prossecução das suas atribuições, designadamente através da realização de ações de inspeção, fiscalização e auditoria”, mas não se prevê a possibilidade de buscas<sup>86</sup>.

A Lei-Quadro estabelece a hierarquização das regras aplicáveis às entidades às quais se aplica: a legislação setorial, o RJC, sendo depois aplicável a título subsidiário no exercício dos poderes públicos e sem prejuízo dos regimes já mencionados, o Código de Procedimento Administrativo e a legislação de contencioso administrativo<sup>87</sup>.

### III. O anteprojeto da AdC de transposição da Diretiva ECN+

A AdC propõe a modificação não apenas do RJC e dos seus Estatutos, como também modificações *cirúrgicas* ao Código dos Contratos Públicos, ao Código de Processo Penal e à Lei de Enquadramento Orçamental<sup>88</sup>. Como tal, toda e qualquer reflexão quanto às modificações propostas que se pretenda completa deverá cosiderá-las no seu todo, porque refletem uma lógica de conjunto. No que respeita especificamente às modificações propostas para as disposições sobre as diligências de buscas (incluindo as domiciliárias), conforme constam do RJC, mencionamos abaixo algumas das mais relevantes:

<sup>85</sup> Cfr. os arts. 9º e 10º da Lei nº 10/2014, de 6 de março, publicada no D.R., 1ª série, Nº 46, págs. 1733 e seguintes, da mesma data. À ERSAR compete processar as contraordenações e aplicar as coimas correspondentes e ainda as demais sanções aplicáveis às infrações das leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe esteja cometida, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, nos termos previstos na lei.

<sup>86</sup> Por seu turno, entre as prerrogativas que os colaboradores da ERSAR gozam no exercício dos poderes de que dispõem, inclui-se o acesso “livre a todas as instalações, infraestruturas e equipamentos das entidades gestoras”, mas não se mencionam os veículos. Também se prevê a possibilidade de “Obter, por qualquer forma, cópias ou extratos dos documentos controlados [...], consulta, suporte ou junção aos relatórios, processos ou autos e, ainda, proceder ao exame de quaisquer elementos indispensáveis ao desenvolvimento das referidas ações”.

<sup>87</sup> Art. 5º, nos. 1 e 2 da Lei nº 67/2013.

<sup>88</sup> Cfr. acima a nota 11.

- Autonomização dos poderes de inquirição da AdC numa disposição específica do RJC, prevendo-se, na disposição respeitante aos poderes de busca, exame, recolha e apreensão, especificamente as solicitações pela AdC “para esclarecimentos sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da busca”<sup>89</sup>;
- Ampliação do tipo de elementos que podem ser abrangidos pelas diligências de busca e apreensão da AdC, passando a prever-se: *“b) Proceder à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia sob qualquer forma de informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros, registos ou mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do suporte, estado ou local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou outros dispositivos não previamente identificados com precisão, incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada”*<sup>90</sup>; (texto proposto sublinhado)
- Em consonância com a novidade acima, alargamento considerável do objeto da selagem pela AdC durante as diligências em causa e simultânea diminuição do ónus da prova da AdC sobre a adequação da selagem, eliminando-se a exigência da “estrita” necessidade para a (mera) necessidade;
- Previsão da possibilidade de obtenção do “*consentimento das pessoas que sejam objeto da medida de investigação*” para a realização das diligências de busca, exame, recolha e apreensão e selagem, em alternativa à necessidade de “*autorização*” da autoridade judiciária competente. E passa a prever-se que quer o consentimento, quer a autorização devem ser concedidos “*sempre que a AdC estiver em condições de demonstrar que existem motivos razoáveis para suspeitar de infração*” das regras de concorrência nacionais ou da UE<sup>91</sup>;

<sup>89</sup> Esta solicitação é feita especificamente “a qualquer representante, trabalhador ou colaborador da empresa ou da associação de empresas” e a AdC regista as respostas, nos termos e para os efeitos da alínea d) do novo Art. 18º-A do anteprojeto da AdC.

<sup>90</sup> Elimina-se do fim desta alínea a frase “de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”.

<sup>91</sup> Art. 18º-A do anteprojeto da AdC.



- Prevê-se que “da recusa, por parte da autoridade judicial competente, em conceder à AdC a autorização” acima referida “cabe recurso para o tribunal da relação, que decide em última instância”;
- Para além da previsão expressa da obrigatoriedade de sujeição às diligências autorizadas nas circunstâncias acima, clarifica-se que a AdC passa a ter a faculdade de obter a assistência necessária das entidades judiciais, incluindo a título preparatório ou preventivo, a fim de lhe permitir realizar as mesmas, caso as empresas ou associações de empresas se oponham à sua realização;
- Previsão da faculdade de a AdC passar a decidir da adequação sobre a continuação das diligências de *busca, exame, recolha e apreensão ou cópia* nos termos da alínea b) acima transcrita “nas suas instalações ou em quaisquer outras instalações designadas, aí prosseguindo com a pesquisa de informação e seleção de cópias”. Na Exposição de Motivos a AdC contextualiza a razão de ser desta proposta por considerar que “é um reflexo da evolução tecnológica associada a este tipo de diligências, orientado para a minimização do impacto das mesmas no normal funcionamento da destinatária”<sup>92</sup>;
- No que respeita à busca domiciliária, o ónus da prova da AdC é reduzido, atendendo a que anteriormente o pressuposto assentava na existência de “fundada suspeita de provas de violação grave” das regras de concorrência. A proposta da AdC consiste em passar a ser suficiente a existência de “suspeita razoável de que existe prova que possa ser pertinente para demonstrar uma infração” das mesmas regras;
- Diminuição da exigência de fundamentação do requerimento da AdC ao juiz de instrução para realizar uma busca domiciliária – que se passa a prever expressamente que seja feita “sem aviso prévio”;
- Previsão da possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória com o objetivo de compelir as empresas à sujeição às diligências de busca, exame, recolha e apreensão<sup>93</sup>.

Assente numa interpretação, no mínimo, muito lata, dos princípios da efetividade e a interpretação conforme ao Direito da UE, que a AdC pro-

<sup>92</sup> Parágrafo 59 da Exposição de Motivos da AdC.

<sup>93</sup> Art. 72º, alínea e) do anteprojeto.

põe que o reforço dos seus poderes resultante da transposição da Diretiva ECN+ seja estendido aos seus poderes a exercer em sede de investigações de infrações previstas e punidas especificamente pelas disposições do RJC e que respeitem a situações puramente domésticas”<sup>94</sup>. Em nosso entender, as implicações que daqui poderão decorrer, merecem uma análise aprofundada e que não cabe no presente contributo mas que assume a maior importância. Com efeito, não só a preocupação plasmada na Diretiva parece respeitar especificamente à aplicação uniforme e de forma eficaz dos arts. 101º e 102º TFUE, como nunca é demais recordar que os Estados-Membros mantêm as suas competências para adotar as regras de concorrência nacionais, desde que cumpram o princípio da cooperação leal que lhes incumbe à luz do art. 13º, nº 2 TUE.

Ainda que esta proposta de extensão a infrações com dimensão doméstica não seja subscrita pelo legislador Português, das restantes propostas de modificação do RJC é inequívoco que as propostas acima resumidas (além de outras) introduzem alterações cujo impacto é considerável também na conjugação com outras “áreas do Direito” (desde logo, o penal e processual penal). Para mais, entre outras novidades, a Diretiva prevê que o montante máximo da coima aplicável por infração às regras de Concorrência e à obrigação de colaboração com a AdC por exemplo, durante a realização das diligências acima enunciadas, seja calculado (i) por referência ao volume de negócios total, a nível mundial, (ii) realizado pelo conjunto das entidades jurídicas que constituem uma unidade económica – no caso de as destinatárias serem empresas – e do volume de negócios agregado das empresas associadas no mercado afetado – no caso de associações de empresas<sup>95</sup>. Existe, ademais, uma proposta da AdC no sentido de aumentar o montante base sobre o qual se calcula a coima a aplicar a pessoas individuais, passando a constituir uma percentagem do rendimento do trabalho bruto anual (inclui rendimento empresarial e profissional)<sup>96</sup> cujo fundamento não se compreende.

<sup>94</sup> Cfr. a justificação apresentada pela AdC no parágrafo 7. da sua Exposição de Motivos, disponível no link mencionado acima na nota 11.

<sup>95</sup> Art. 69º, nos. 4 e 6 do anteprojeto.

<sup>96</sup> Art. 69º, nos. 4 e 6 do anteprojeto.

## Notas finais

O atual regime jurídico da Concorrência e a Lei-Quadro que regula determinados aspetos do funcionamento das *principais* entidades administrativas independentes representam pilares essenciais à concretização das “reformas estruturais profundas” a que se comprometeram as autoridades portuguesas perante os credores internacionais em 2011 no âmbito do PAEF.

Este programa assentou, nomeadamente, no objetivo de diminuição da presença do Estado na economia e tinha como *contrapartida* criar os meios e mecanismos para que houvesse uma *regulação* forte e independente do poder político. Esta *regulação* abrangia desde logo o *regulador transversal* que é a AdC, o qual na prática assume preponderância em resultado de um conjunto de fatores, e também os *principais* reguladores (de *setores chave* como os transportes, energia e telecomunicações).

É essencial ter presente esta dialética entre os dois objetivos de política económica para, por um lado, se apreender o contexto do reforço dos poderes sancionatórios da AdC e dos reguladores abrangidos pela Lei-Quadro e, por outro e numa perspetiva de futuro, ter presentes os pressupostos subjacentes a à opção estratégica assente na independência e reforço dos poderes dos reguladores justificação do âmbito dos poderes de investigação.

Assim, importa recordar que na sua qualidade de Estado-membro da União Europeia e à luz do Direito Primário da UE, Portugal já estava vinculado ao disposto no Regulamento 1/2003 e à transposição de diretivas setoriais que prosseguiam o objetivo de criação do mercado interno e que conduziriam ao necessário reforço dos poderes sancionatórios da AdC e de alguns dos *principais* reguladores abrangidos pela Lei-Quadro. Não obstante os Tratados da União Europeia não *prejudicarem* o regime de propriedade dos Estados-Membros<sup>97</sup>, o enquadramento jurídico e económico da UE quanto à *regulação económica* tem evoluído no sentido de maior independência e mais meios financeiros, a par de menor presença do Estado na economia, pelo menos em setores de infraestruturas de energia, transportes e telecomunicações.

Com especial relevância para a problemática dos limites dos poderes de busca, exame, recolha e apreensão por parte de entidades administrativas independentes em sede de processos sancionatórios por ilícitos contraor-

<sup>97</sup> Art. 345º do TFUE.

denacionais – e não criminais –, é a tomada em consideração dos limites constitucionais e processuais penais. É nossa convicção que ainda há um caminho a percorrer mesmo que se continue a consolidar um corpo de regras autónomo. No atual enquadramento e tendo em consideração um conjunto de fatores internos e externos ao país e já mencionados, assume especial acuidade a realização de uma reflexão aprofundada e integrada que congregue as várias perspetivas já mencionadas e outras como a respeitante à Lei do Cibercrime. Em particular, haverá que refletir de forma séria e multidisciplinar sobre qual o sentido útil das disposições legais vigentes sobre esta matéria, qual ou quais as prioridades a seguir pelo legislador nacional e em que medida a evolução na sofisticação das condutas dos agentes económicos em termos digitais aconselha a uma ponderação da adequação dos instrumentos à disposição das autoridades responsáveis pela monitorização do cumprimento da Lei.

Não menos importante é, a nosso ver, a necessidade de reconhecer a que a cultura de concorrência ainda precisa de ser consolidada e não raro se encontram a “resistências” de vária natureza quanto à real justificação de uma regulação setorial forte e independente. Em paralelo, haverá que intensificar a necessária efetivação da responsabilidade (“*accountability*”) das entidades administrativas independentes com atribuições de regulação económica quanto ao nível de desempenho das suas atribuições, designadamente em termos de dimensão do seu contributo para o país, de transparência da sua atividade, previsibilidade da sua abordagem jurídica e eficiência na articulação com as congéneres e com a AdC.

Resulta de tudo o exposto que a problemática das buscas e apreensões é a “ponta de um icebergue” jurídico que, pela importância que tem em função da política económica do país e respeito pelos pilares fundamentais em que assenta o Estado de Direito, deve ser objeto de uma reflexão para a qual possam novamente participar e ser ouvidos os *stakeholders* quando, para mais, de momento não existem nem os constrangimentos temporais, nem a proatividade de entidades externas como eram os credores internacionais à data do PAEF. Naturalmente que, enquanto Estado-membro da União Europeia, haverá que respeitar o disposto no Direito da UE. Neste sentido, importa identificar desde logo, o que a Diretiva ECN+ estabelece e o legislador Português deverá transpor para a ordem jurídica interna. É a própria Diretiva que estabelece que o exercício da competência conferida às autoridades nacionais de concorrência, “inclusive a competência

de investigação, deverá ser objeto de garantias adequadas que cumpram, no mínimo, as normas dos princípios gerais do direito da União e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em especial no contexto de processos suscetíveis de dar origem à aplicação de sanções. Estas garantias incluem o direito a uma boa administração e o respeito dos direitos de defesa das empresas”<sup>98</sup>.

E cabe ao legislador nacional ponderar sobre a acuidade de introdução de modificações à redação atual do RJC e restantes diplomas objeto da proposta da AdC tendo em consideração, desde logo, o disposto na CRP e noutros enquadramentos legislativos. Na eventualidade de o legislador nacional decidir modificar o RJC para além dos temas abrangidos pela Diretiva ECN+, afigura-se-nos de toda a utilidade a realização de uma consulta pública para apresentação de contributos pelos *stakeholders* seguida de uma análise devidamente participada pelos principais *stakeholders* à semelhança do que já sucedeu no passado recente. Com efeito, o RJC foi adotado há menos de 8 anos, já foi objeto de uma alteração e perspetiva-se aquela respeitante à transposição da Diretiva ECN+, pelo que haverá que reduzir o mais possível o número de modificações legislativas e concentrar os esforços naquelas que se afiguram necessárias insegurança jurídica.

Por último, cumprirá ao legislador rever o atual enquadramento e pressupostos de governação para tomar uma posição o mais clara possível sobre a manutenção ou não do paradigma que presidiu à opção estratégica quanto às *principais* ARNs, desde logo em termos de independência e autonomia financeira. Só então e se for o caso, haverá que ponderar sobre as vantagens e inconvenientes resultantes de uma hipotética extensão aos regimes jurídicos enformadores das mesmas entidades, das inovações introduzidas ao RJC. Certo é que no momento atual, o enquadramento da União Europeia não harmonizou (ainda?) inúmeros enquadramentos setoriais (como sejam o da água e resíduos, ou do setor da saúde) pelo que haveria que ponderar se as razões que presidiriam ao esforço do legislador Português para atingir esse objetivo se justificariam tendo em conta as especificidades nacionais.

<sup>98</sup> Considerando 14 da Diretiva (UE) 2019/1, acima mencionada na nota 9.

## Bibliografia

- Cardoso Simões, T.**, “Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro-março de 2014.
- Carlos Botelho Moniz (coordenação)**, *Lei da Concorrência anotada - Lei Nº 19/2012, de 8 de Maio*, Editora: Almedina, Coleção: MLGTS, 2016.
- Confraria, J.**, “Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro-março de 2014.
- Costeira, Maria José**,
- “Direito da Concorrência: O controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios”, *Revista de Concorrência e Regulação (C&R)*, Ano IX, nº 36, outubro-dezembro de 2018.
  - “As buscas e apreensões nos processos de natureza contraordenacional”, *Sub Judice*, n.º 40, julho-setembro de 2007.
- Da Cruz Vilaça, J. Luís**, “Introdução à nova legislação da Concorrência: Vicissitudes dos Projetos de Modernização”, in “*Concorrência – Estudos*”, Coordenação de: Goucha Soares, A. e Leitão Marques, M. Manuel, Edições Almedina, junho de 2006.
- Damião da Cunha, José**, O “inconstitucional” e o “ilógico” no regime de buscas e outras diligências do regime jurídico da concorrência (Lei nº 19/2012, de 8 de maio), *Revista do Ministério Público*, nº 151, julho-setembro 2017.
- Faull, Jonathan e Nikpay, Ali**, *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Ferro, Miguel**, “Institutional design of National Competition Authorities: EU requirements”, *The Competition Law Review*, Volume 13, Issue 2, setembro de 2018, referência ISSN 1745-638X (Online).
- Fox, Eleanor M. e Gerard Damien**, *EU Competition Law: Cases, Text and Context*, Elgar Publishers, 2017.
- Guilherme Catarino, Luís**, “O Novo Regime da Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?*”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro-março de 2014.
- Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, Gonçalo Anastácio (Coord.)**, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Editora: Almedina, 2017, 2ª Edição.
- Mendes Pereira, M.**, *Lei da Concorrência Anotada*, Almedina, 2009.
- Moura e Silva, M.**
- Direito da Concorrência, AAFDL Editora, 2018.
  - “Direito sancionatório das autoridades de Regulação, Supervisão e defesa da Concorrência: A caminho de um Direito Comum?”, 2013, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- Ritter, Lennart Kurt e Braun, W. David**, *European Competition Law: A practitioner’s guide*, *Kluwer Law International*, 3ª edição, 2005.
- Silva Morais, L.**, “Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, nº 17, janeiro-março de 2014.
- Sousa Mendes, P. de**, “Poderes de busca e inspeção: O caso especial dos *dawn raids*”, *Estudos sobre a atividade inspetiva*, Coordenadoras: Carla Amado Gomes e Ana Fernanda Neves, AAFDL Editora, 2018, p. 149 e seguintes.