

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIO

Exmo. Senhor  
Dr. Fernando Negrão  
Ilustre Presidente da  
Comissão de Assuntos Constitucionais,  
Direitos, Liberdades e Garantias da  
Assembleia da República

V/Ref. Ofcº282/XII/1ª – CACDLG/2012  
N/Ref. Ent.3225 de 14/02/2012

ASSUNTO: Solicitação de Parecer sobre a Proposta de Lei nº 45/XII/1ª (GOV)

*Excelentíssimo Senhor Presidente*

Junto envio o parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei em assunto,  
conforme solicitado no ofício de V.Exa. de 10 de Fevereiro p.p.

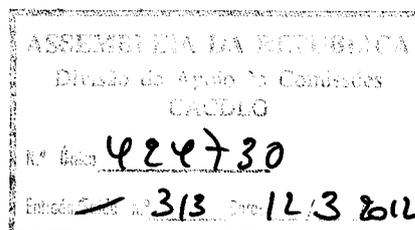
Com os melhores cumprimentos *na mais atenta pessoal.*

*António Marinho e Pinto*

António Marinho e Pinto  
(Bastonário)

Lx.8/03/12

B86/2012





## Parecer da Ordem dos Advogados

(Proposta de Lei n.º 45/XII que Aprova o Novo Regime de Concorrência)

### I

#### O que é o "Regime da Concorrência" ?

A proposta de lei continua a encarar o *Regime da Concorrência*, apenas numa óptica de exercício de poderes de autoridade, seja para **supervisionar** a concorrência entre agentes económicos ou algumas questões que com ela se prendem, sobretudo em matéria de concentração de empresas, seja para **sancionar condutas**, tipificando, por um lado, ilícitos de mera ordenação social em matéria de concorrência e as correspondentes sanções (coimas), e, por outro, estabelecendo as regras do processo para aplicar essas sanções.

Isto é, o *Regime da Concorrência* continua a ser visto apenas e tão só, como um direito de supervisão e de sancionamento de condutas ilícitas, não tendo havido, até ao momento, imaginação do legislador para também pensar tal regime jurídico, através de normas que estimulem a concorrência, seja regulando matérias de contratos típicos entre agentes económicos ou entre estes e os consumidores e que, objectivamente, estimulem e favoreçam, pela positiva, práticas concorrenciais leais e saudáveis, seja estabelecendo regras de transparência sobre a fixação dos preços dos bens e serviços, pelos agentes económicos, e consagrando e impondo, como corolário do princípio geral da boa-fé, a obrigação de os agentes económicos informarem o público sobre os custos que influenciam e determinam os preços dos bens e serviços que comercializam, designadamente, quando tais bens e serviços são essenciais ou o agente económico actua em regime de monopólio ou de quase monopólio, no mercado.

Afigura-se, por isso, que, continuando a regulação da proposta de lei a versar apenas sobre parte das questões suscitadas pela concorrência, seria mais consentâneo com as matérias que, efectivamente, trata e regula, designar o conjunto de normas que integram a proposta de lei,



como *Regime Sancionatório e de Supervisão da Concorrência*, em vez da expressão "*Regime da Concorrência*" que, ao contrário do que parece sugerir, não abarca todas as matérias da concorrência, mas apenas a parte da regulação normativa que é objecto de poderes de autoridade e de supervisão.

## II

### **A proposta de lei não assegura as devidas garantias de defesa, na regulação que prevê para os processos sancionatórios por ilícitos de concorrência**

O n.º 1 do art. 2º da proposta da lei dispõe que "*A presente lei é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo*".

Face ao disposto na referida norma e dado que a advocacia envolve o exercício de uma actividade económica, os advogados também ficarão submetidos ao Regime Jurídico da Concorrência e, consequentemente, aos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação da Autoridade de Concorrência, relativamente a todos os actos da profissão de advogado que esta Autoridade possa vir a considerar como susceptíveis de constituir uma prática restrictiva da concorrência, dado que, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 5º da proposta de lei, "*O respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos*".

Assim, se um advogado actuar "*pro bono*", isto é, não cobrar honorários por serviços prestados, ou se um grupo de advogados estabelecer entre si acordos para prestar determinados



tipos de serviços profissionais, de forma gratuita ou a valores inferiores aos resultantes de usos profissionais, por as pessoas às quais se propõem prestar tais serviços não possuírem capacidade económica para pagar esses serviços, a Autoridade da Concorrência poderá considerar tais condutas, como práticas restrictivas da concorrência, e sujeitá-las a um processo sancionatório.

Ou seja, o exercício da profissão de advogado passaria assim a também poder ser supervisionado, sancionado e regulamentado pela Autoridade da Concorrência.

Porém, nos termos do art. 208º da Constituição " *A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça*", o que quer dizer que a actividade do advogado, embora também revista carácter económico, não poderá ser vista e regulada, em termos mercantilistas e de concorrência, sob pena de deixar de ser elemento essencial à administração da justiça que a Constituição impõe e exige que seja.

E a regulação do exercício da profissão de advogado está, legal e estatutariamente, cometida à Ordem dos Advogados, que, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 1º do respectivo Estatuto, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, **é uma associação pública independente dos órgãos do Estado e livre e independente nas suas regras** e à qual cabe, em face do disposto na alínea g) do art. 3º do referido Estatuto, " **Exercer, em exclusivo, jurisdição disciplinar sobre os advogados e advogados estagiários.**"

Por outro lado, a sujeição ao Regime da Concorrência não poderia deixar de incidir, quer nas relações profissionais entre advogados, quer nas relações destes últimos com os respectivos clientes.

Todavia, as relações entre advogados estão sujeitas a deveres deontológicos consagrados nos arts. 106º e 107º da Estatuto da Ordem dos Advogados, que não são compatíveis com uma visão economicista e concorrencial das respectivas relações profissionais, pois o art. 106º



**impõe um dever de solidariedade profissional entre os advogados que os obriga, desde logo, a não serem concorrentes entre si – cfr. arts. 106º e 107º cujos teores se transcrevem:**

#### **Artigo 106.º**

##### **Dever de solidariedade**

A solidariedade profissional impõe uma relação de confiança e cooperação entre os advogados, em benefício dos clientes e de forma a evitar litígios inúteis, conciliando, tanto quanto possível, os interesses da profissão com os da justiça ou daqueles que a procuram.

#### **Artigo 107.º**

##### **Deveres recíprocos dos advogados**

1 - Constituem deveres dos advogados nas suas relações recíprocas:

- a) Proceder com a maior correcção e urbanidade, abstando-se de qualquer ataque pessoal, alusão deprimente ou crítica desprimorosa, de fundo ou de forma;
- b) Responder, em prazo razoável, às solicitações orais ou escritas;
- c) Não emitir publicamente opinião sobre questão que saiba confiada a outro advogado, salvo na presença deste ou com o seu prévio acordo;
- d) Actuar com a maior lealdade, procurando não obter vantagens ilegítimas ou indevidas para o seu cliente;
- e) Não contactar a parte contrária que esteja representada por advogado, salvo se previamente autorizado por este, ou se tal for indispensável, por imposição legal ou contratual;
- f) Não assinar pareceres, peças processuais ou outros escritos profissionais que não sejam da sua autoria ou em que não tenha colaborado;
- g) Comunicar, atempadamente, a impossibilidade de comparecer a qualquer diligência aos outros advogados que nela devam intervir.

2 - O advogado a quem se pretende cometer assunto anteriormente confiado a outro advogado não deve iniciar a sua actuação sem antes diligenciar no sentido de a este serem pagos os honorários e demais quantias que a este sejam devidas, devendo expor ao colega, oralmente ou por escrito, as razões da aceitação do mandato e dar-lhe conta dos esforços que tenha desenvolvido para aquele efeito.

O mesmo sucede em relação aos deveres que são impostos ao advogado na suas relações com os respectivos clientes, pois *o advogado não pode solicitar ou angariar clientes, por si ou por interposta pessoa e, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros – cfr., respectivamente, alínea h) do n.º 2 do art. 85º e art. 84º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados.*



Imagine-se ainda no que se transformaria o segredo profissional com a Autoridade da Concorrência a exigir informações e documentos sobre factos e clientes, relativamente aos quais suscitasse alegadas práticas restrictivas da concorrência, por parte do advogado.

Ora, quaisquer práticas decorrentes do exercício da profissão do advogado que, em face do estabelecido no Regime Jurídico da Concorrência, pudessem ser consideradas como susceptíveis de integrar práticas restrictivas da concorrência, encontram-se sujeitas, apenas e em exclusivo, à apreciação e decisão da Ordem dos Advogados, pois é a esta que compete, em exclusivo, através dos respectivos Conselhos de Deontologia e do Conselho Superior, apreciar e decidir se tais práticas são ou não conformes com os deveres deontológicos e profissionais a que os advogados se encontram sujeitos no exercício da respectiva profissão, independentemente de essas práticas poderem ser conformes ou não às regras de mercado e da concorrência entre profissionais que exercem a mesma actividade económica.

Pense-se, por exemplo, numa conduta que o advogado assumiu no exercício da profissão de advogado e que a Ordem dos Advogados considera estar em absoluta conformidade com as regras deontológicas aplicáveis, mas que a Autoridade da Concorrência considera como prática restrictiva da concorrência entre advogados.

Está bom de ver o desacerto e o absurdo que se gerariam se uma outra entidade, no caso a Autoridade da Concorrência, viesse a interferir na apreciação e aplicação de sanções a actos deontologicamente conformes com a profissão de advogado.

É assim, no mínimo, surpreendente e de todo incompreensível que a proposta de lei tenha querido submeter a regulação da profissão de advogado aos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação da Autoridade de Concorrência, pois esta opção legislativa,



salvo o devido respeito, traduz uma ignorância e uma postergação indesculpáveis, quer da exigência constitucional que considera a advocacia, como elemento essencial à administração da justiça, quer das normas legais e estatutárias que regulam o exercício da profissão de advogado.

E nem se diga que se tratou de situação não pensada ou de, na norma do n.º 1 do art. 2º da proposta de lei se ter dito mais do que aquilo que se pretendia, pois do n.º 7 do art. 18º da proposta de lei resulta, expressamente, que o novo Regime da Concorrência também foi pensado e desenhado para ser aplicado ao exercício da profissão de advogado, quando aí se regulam as buscas em escritórios de advogados, nos termos que se transcrevem:

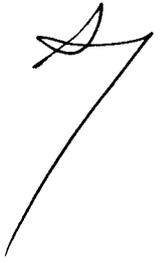
*"Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, esta é realizada, sob pena de nulidade, na presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente".*

Mas a cegueira da proposta de lei foi tão longe que também nem sequer se deu conta que, nos termos do disposto no art. 71º do Estatuto da Ordem dos Advogados, não pode ser apreendida qualquer correspondência que diga respeito ao exercício da profissão e seja qual for o respectivo suporte, apenas se exceptuando a apreensão de documentos respeitantes a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido – cfr. art. 71º do Estatuto da Ordem dos Advogados, cujo teor se transcreve:

#### Artigo 71.º

##### Apreensão de documentos

- 1 - Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão.
- 2 - A proibição estende-se à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado.
- 3 - Compreendem-se na correspondência as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado.
- 4 - Exceptua-se o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido.



Isto é, a apreensão de documentos relativos ao exercício da profissão de advogado **só é, legalmente, consentida em relação a factos susceptíveis de constituírem crimes de que o próprio advogado seja arguido, não sendo, portanto, legalmente admissível, em relação a factos susceptíveis de constituir contra-ordenação de que o advogado possa ser arguido, inclusive por supostos ilícitos de concorrência.**

Sintetizando este ponto dir-se-á que em nenhum caso pode ser admitida uma busca a escritório de advogado, com ou sem apreensão de documentos, por ilícitos relacionados com a violação das regras da concorrência. Só uma incompreensão da importância desta profissão e/ou uma insensibilidade profunda perante os seus valores mais nobres, como é o sigilo profissional, pode justificar um ataque dessa dimensão a uma profissão que é essencial à boa administração da justiça.

O ilícito contraordenacional não tem dignidade para justificar uma tal agressão às prerrogativas profissionais da advocacia. Tais agressões só deverão ocorrer nos casos em que existam fortíssimos indícios da prática de crimes pelo advogado e nunca nas situações em que estejam causa apenas contraordenações. E mesmo nesse caso, só deverão ser decretadas depois de uma serena ponderação entre os concretos interesses subjacentes aos bens jurídicos que se pretende acautelar e os danos que não deixarão de ser causados ao bem jurídico consubstanciado no sigilo profissional do advogado.

### III

**A proposta de lei não assegura as devidas garantias de defesa, na regulação que prevê para os processos sancionatórios por ilícitos de concorrência**

O art. 12º da proposta de lei determina que os processos de contra-ordenação se regem pelas normas previstas no respectivo articulado e, subsidiariamente, pelo regime geral do ilícito



de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (Regime Geral das Contra-Ordenações).

Esta norma que manda aplicar, subsidiariamente, o Regime Geral das Contra-Ordenações aos processos sancionatórios por ilícitos de concorrência é de extrema importância, pois dela também decorre a aplicação subsidiária do processo penal a esses mesmos processos, uma vez que o Regime Geral das Contra-Ordenações consagra a regra da aplicação subsidiária do processo criminal aos processos de contra-ordenação, conforme resulta do disposto no n.º 1 do respectivo artigo 41º, cujo teor se transcreve:

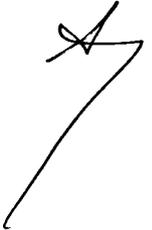
#### **Artigo 41º**

##### **Direito subsidiário**

- 1 - Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.
- 2 - No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma.

Na verdade, embora o ilícito de mera ordenação social tenha subjacente um juízo de censura e de desvalor menos intenso do que o que está insito nas condutas que o legislador tipifica como crimes, não há dúvida que o direito de mera ordenação social também partilha da natureza punitiva do direito penal, pois, embora lhe esteja vedado o recurso a penas privativas de liberdade, aplica, igualmente, sanções de carácter punitivo que são penas pecuniárias designadas por coimas, as quais, em muitas situações, são aplicadas em cumulação com outras sanções acessórias que podem acarretar a inibição ou a suspensão temporária do exercício de direitos e/ou actividades ou ainda a perda de direitos, objectos e benefícios – cfr. art. 21º do Regime Geral das Contra-Ordenações e art. 70º da proposta de lei.

E, em muitos casos, as penas pecuniárias (coimas) e as sanções acessórias representam sacrifícios muito superiores aos que derivariam da aplicação de uma pena criminal.



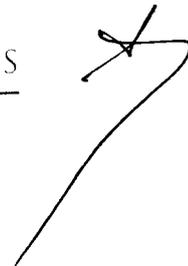
Por isso, o processo penal não pode deixar de ser tomado em consideração para se aferir se o processo de contra-ordenação, incluindo o referente aos ilícitos de concorrência, também proporciona ao "visado" e ao acusado as mesmas ou idênticas garantias de defesa que o processo penal confere, nas correspondentes situações em que são ou podem ser afectados ou postos em causa os direitos das pessoas visadas ou acusadas, trate-se de pessoas singulares ou de pessoas colectivas.

Passar-se-ão em revista algumas situações em que se afigura que a proposta de lei não confere ou não acautela devidamente as garantias de defesa do "visado" e do acusado e bem assim o direito a um processo justo, leal e célere.

A **primeira situação** é a que obriga o "visado" ou acusado a prestar informações à Autoridade da Concorrência, sob pena de incorrer em contra-ordenação por tal facto.

Com efeito, nos termos da alínea h) do n.º 1 do art. 67º da proposta de lei, constitui contra-ordenação punível com coima " *A não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou completas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios*", sendo a contra-ordenação punida por coima até ao valor de 1% do volume de negócios, se se tratar de empresas – cfr. n.º 3 do art. 68º da proposta de lei, ou com coima de 10 a 50 unidades de conta, se se tratar de pessoas singulares – cfr. n.º 6 do art. 68º da proposta de lei.

Quer isto dizer que um *suspeito* ou *visado* é obrigado a declarar e a prestar informação à Autoridade da Concorrência, mesmo que tal informação envolva o reconhecimento da prática de determinados factos ou constitua confissão de uma infracção susceptível de integrar um ilícito de concorrência.



Porém, esta imposição viola o direito ao silêncio que constitui uma garantia de defesa em qualquer processo de natureza sancionatória, trate-se de processo criminal, de processo de contra-ordenação ou de processo disciplinar, pois um *suspeito*, *visado* ou *acusado* não é obrigado a declarar-se culpado ou a prestar informação de que resulte ou possa resultar que cometeu uma infracção.

Esta garantia de defesa é imposta no processo de contra-ordenação pela aplicação subsidiária do processo penal e decorre do n.º 10 do art. 32º da Constituição que assegura aos arguidos nos processos de contra-ordenação os **direitos** de audiência e **de defesa**, sendo certo que do direito de defesa faz parte o direito de não se ter de confessar culpado e de não prestar informação ou declaração de onde resulte poder ser-se culpado.

**A segunda situação** tem a ver com os prazos de duração do inquérito e da instrução.

De acordo com o n.º 2 do art. 16º da proposta de lei, o **inquérito** destina-se à realização das "... diligências de investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova" e, nos termos do n.º 1 do art. 23º, " O inquérito deve ser encerrado, sempre que possível, no prazo máximo de 18 meses a contar do despacho de abertura do processo", mas este prazo de 18 meses pode ainda ser alargado, por período não definido, pois, segundo o disposto no n.º 2 do mesmo art. 23º, " Sempre que se verificar não ser possível o cumprimento do prazo referido no número anterior, o Conselho da Autoridade da Concorrência dá conhecimento ao visado pelo processo dessa circunstância e do período necessário para a conclusão do inquérito. "

A **instrução** inicia-se com a notificação da "**nota de ilicitude ao visado**" – cfr. alínea a) do n.º 3 do art. 23º – e termina com a decisão final que poderá ser de condenação ou de



arquivamento – cfr. n.º 3 do art. 28º da proposta de lei.

Nos termos do n.º 1 do art. 28º " *A instrução deve ser concluída, sempre que possível, no prazo máximo de 12 meses a contar da notificação da nota de ilicitude*", mas este prazo de 12 meses também pode ser alargado, por período não definido, pois, de acordo com o n.º 2 do mesmo art. 28º, " *Sempre que se verificar não ser possível o cumprimento do prazo referido no número anterior, o Conselho da Autoridade da Concorrência dá conhecimento ao visado pelo processo dessa circunstância e do período necessário para a conclusão da instrução.* ".

Ou seja, sem contar com os alargamentos, por períodos de tempo que a lei deixa ao arbítrio da Autoridade da Concorrência, um processo de contra-ordenação pode durar 18 meses, na fase do inquérito, e mais 12 meses, na fase da instrução, ou seja 2 anos e 6 meses, isto tão só nas duas fases em que decorre perante a Autoridade da Concorrência e sem contar, por isso, com a fase de eventual impugnação judicial de decisões da referida Autoridade.

Estes prazos são excessivos e revelam incoerência, por parte do legislador, que, na exposição de motivos, proclama que, através da proposta de lei em apreço, se "... *assegura uma crescente eficiência e eficácia na aplicação da Lei.* ".

É caso para perguntar se o legislador faz ideia do que sejam eficiência e eficácia.

Além disso, os referidos prazos também são excessivos à luz do processo penal, pois o prazo regra de duração máxima do inquérito, não havendo arguidos presos, é de 8 meses – cfr. n.º 1 do art. 276º do Código de Processo Penal (CPP) – e o prazo de duração máxima da instrução, não havendo arguidos presos, é de 4 meses – cfr. n.º 1 do art. 306º do CPP.

**A terceira situação** refere-se ao segredo de justiça do processo de contra-ordenação e ao direito de acesso e consulta do processo pelo "visado" e pelo acusado.



No n.º 1 do art. 31º da proposta de lei, estabelece-se que o processo é público, ressalvadas as exceções previstas na lei.

Porém, a Autoridade da Concorrência pode determinar que o processo seja sujeito a segredo de justiça até à decisão final,

- quando considere que a publicidade prejudica os interesses da investigação – cfr. n.º 2 do art. 31º;

- e, oficiosamente ou mediante requerimento do visado pelo processo, quando entender que os direitos daquele o justificam – cfr n.º 3 do art. 31º.

A solução do art. 86º do CPP, nesta matéria, é a seguinte:

- 1 - O processo penal é, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei.
- 2 - **O juiz de instrução pode**, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, **determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça**, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais.
- 3 - Sempre que o **Ministério Público** entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, **pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas**.
- 4 - No caso de o processo ter sido sujeito, nos termos do número anterior, a segredo de justiça, o Ministério Público, oficiosamente ou mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido, pode determinar o seu levantamento em qualquer momento do inquérito.
- 5 - **No caso de o arguido, o assistente ou o ofendido requererem o levantamento do segredo de justiça, mas o Ministério Público não o determinar, os autos são remetidos ao juiz de instrução para decisão, por despacho irrecorrível**.

Ou seja,

- o processo penal só pode ser sujeito a segredo de justiça durante a fase do inquérito;
- o MP pode determinar a sujeição do processo penal a segredo de justiça, mas, se o fizer, a sua decisão fica sujeita a validação pelo juiz de instrução;
- sempre que o arguido, o assistente ou o ofendido requeiram o levantamento do segredo de justiça e o MP não o determinar, o processo é remetido ao juiz de instrução para decidir a questão.



Não se percebe, por isso, que a proposta de lei atribua poderes insindicáveis à Autoridade da Concorrência, em matéria de sujeição do processo a segredo de justiça, quando é certo que aquela nem sequer é uma autoridade judiciária e, não obstante,

- pode determinar o segredo de justiça até à decisão final, a qual, como já se viu mais acima, pode ir até 2 anos e meio, após a abertura do inquérito e isto sem contar com prorrogações que também pode determinar, sem qualquer limite máximo;
- e pode ainda determinar esse mesmo segredo de justiça, sem que essa sua decisão fique sujeita a validação, por despacho judicial.

Estes poderes não sujeitos a qualquer validação judicial, imprimem ao processo de contra-ordenação dos ilícitos de concorrência um carácter de secretismo inquisitório que é, de todo, desproporcionado e injustificado, num Estado de direito democrático.

Por outro lado, nos termos do n.º 2 do art. 32º da proposta de lei, a Autoridade da Concorrência pode, até à notificação da nota de ilicitude, vedar ao visado o acesso ao processo, em duas situações:

- caso tenha decidido sujeitar o processo a segredo de justiça, nos termos do n.º 2 do artigo 31º, ou seja, por ter considerado que a publicidade prejudica os interesses da investigação;
- e, mesmo que não tenha sujeito o processo a segredo de justiça, quando considerar que tal acesso pode prejudicar a investigação.

O que dizer que, mesmo sem ter sujeito o processo a segredo de justiça, por causa da investigação, a Autoridade da Concorrência pode sempre impedir o acesso do visado ao processo, se considerar que tal acesso prejudica os interesses da investigação.

Isto é absurdo, pois se o processo não tiver sido sujeito a segredo de justiça, por causa da investigação, não faz qualquer sentido impedir o acesso e consulta do mesmo, pelo visado, sob a alegação de que tal acesso pode prejudicar a investigação.



Esta proibição de acesso e consulta do processo constitui assim mais um traço do secretismo inquisitório com que a proposta de lei se propõe regular o processo de contra-ordenação dos ilícitos da concorrência.

A **quarta situação** consiste na faculdade de a Autoridade da Concorrência poder prorrogar medidas cautelares de forma sucessiva e por períodos de 90 dias, mas sem qualquer limite para o número de prorrogações que é possível decidir.

Com efeito, nos termos do art. 33º da proposta de lei

1 - Sempre que as investigações realizadas indicarem que a prática que é objeto do processo está na iminência de provocar prejuízo, grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência, pode a Autoridade da Concorrência, em qualquer momento do processo, ordenar preventivamente a imediata suspensão da referida prática restritiva ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo.

2 - **As medidas previstas neste artigo podem ser adotadas pela Autoridade da Concorrência oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado e vigoram até à sua revogação, por período não superior a 90 dias, salvo prorrogação, devidamente fundamentada, por iguais períodos, devendo a decisão do inquérito ser proferida no prazo máximo de 180 dias.**

Isto é, a Autoridade da Concorrência pode prorrogar as medidas cautelares, por sucessivos períodos de 90 dias, e isto desde a data em que as tiver decretado até à decisão final, fazendo-se notar a imposição do dever de decidir o inquérito, no prazo de 180 dias, não tem qualquer efeito nas medidas cautelares que tiverem sido impostas, pois obriga somente à decisão do inquérito, no referido prazo, mas não faz cessar as medidas cautelares aplicadas.

Esta prorrogação sucessiva de medidas cautelares resulta ainda mais atentatória dos direitos dos "visados", pois, embora seja admissível recurso da decisão da Autoridade da Concorrência que as tiver decretado – cfr. art. 85º da proposta de lei, o recurso não tem efeito suspensivo de tais medidas – cfr. n.º 4 do art 83º da proposta de lei e ficará retido, no Ministério



Público, até que venha a ser interposto eventual recurso da decisão final – cfr. art. 84º, aplicável por remissão do art. 85º, e n.º 3 do art. 86º, todos da proposta de lei.

Trata-se assim de uma situação em que o visado pode ser sujeito, até à decisão final do processo sancionatório, a medidas cautelares cuja escolha e determinação ficam ao arbítrio da Autoridade da Concorrência, pois esta última, nos termos da parte final do n.º 1 do art. 33º da proposta de lei, pode aplicar quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo, o que é incompatível com garantias mínimas do direito de defesa, pois, por um lado, o direito de recurso do visado não tem qualquer efeito útil e efectivo sobre a decisão da Autoridade de Concorrência que tiver aplicado essas medidas, e, por outro, essa ausência de um controlo jurisdicional, útil e efectivo, sobre a possibilidade de alguém ser submetido a medidas cautelares que a própria lei não especifica quais sejam e que são escolhidas e determinadas de acordo com os critérios casuísticos de uma autoridade administrativa também contraria o princípio da presunção de inocência consagrado na Constituição.

#### IV CONCLUSÕES

Em face do que ficou dito, a Ordem dos Advogados Portugueses considera:

1- que o Regime da Concorrência é incompatível com as normas que regulam o exercício da profissão de advogado e, por isso, não pode ser aplicável às actividades e condutas que integram tal exercício,

→ quer porque, por exigência do art. 208º da Constituição, a actividade do advogado é elemento essencial à administração da justiça e esta exigência não se compadece com uma visão mercantilista e concorrencial da actividade profissional do advogado;

→ quer porque o cumprimento das regras e deveres deontológicos a que os advogados se encontram sujeitos obriga a afastar regras da concorrência e é imposto pela necessidade de garantir confiança e protecção aos cidadãos e, portanto, por razões de interesse público;



→ quer porque o sancionamento de condutas profissionais dos advogados que sejam contrárias às normas e regras reguladoras da profissão já se encontra legalmente cometido, cabendo, em exclusivo, à Ordem dos Advogados que é uma associação pública independente dos órgãos do Estado e livre e independente nas suas regras, e, por isso, como entidade administrativa independente que também é, não pode ficar submetida e subordinada aos critérios de mercado e da concorrência com que, inevitavelmente, a Autoridade da Concorrência encararia a profissão de advogado.

→ Que em nenhum caso pode ser admitida uma busca a escritório de advogado, com ou sem apreensão de documentos, por ilícitos relacionados com a violação das regras da concorrência, pois o ilícito contraordenacional não tem, pelos bens jurídicos em causa, dignidade para justificar uma tal agressão às prerrogativas profissionais da advocacia, nomeadamente ao sigilo profissional.

A Ordem dos Advogados considera ainda

- 2- que deverá ser assegurado o direito de defesa do "visado" consistente em não ser obrigado a prestar declarações ou informações sobre os factos que lhe sejam ou possam vir a ser imputados na "nota de ilicitude", não podendo, portanto, a não prestação de declarações ou de informações, por parte de alguém "suspeito" ou "visado", constituir uma contra-ordenação;
- 3- que o processo sancionatório por ilícitos de concorrência só poderá ser sujeito a segredo de justiça, até ao encerramento da fase de inquérito, devendo, em qualquer caso, a correspondente decisão da Autoridade da Concorrência ficar sujeita a validação judicial;
- 4- que o acesso e consulta do processo, pelo visado, apenas pode ser impedido durante a fase de inquérito, quando a Autoridade da Concorrência tenha sujeito o processo a segredo de justiça com o fundamento de que a sua publicidade prejudica os interesses da investigação e desde que tal decisão se encontre validada, por despacho judicial;
- 5- que os prazos de inquérito e de instrução devem ter a mesma duração que os previstos, no processo penal, para os processos sem arguidos presos e que, no caso de terem sido aplicadas medidas cautelares, estas devem caducar logo que os prazos regra do inquérito ou da instrução se mostrem excedidos;



ORDEN DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

6- e que o recurso do visado ou do acusado sobre medidas cautelares que lhes sejam aplicadas deve subir de imediato e ser tramitado como processo urgente, não ficando a aguardar pelo eventual recurso que possa vir a ser interposto da decisão final.

Lisboa, 08 de Março de 2012

A handwritten signature in black ink, which appears to read "António Marinho e Pinto". The signature is stylized and includes a large, prominent loop at the end.

António Marinho e Pinto  
(Bastónario)