



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão
de Assuntos Constitucionais, Direitos
Liberdades e Garantias
Dr. Fernando Negrão
Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249-068 Lisboa

N/Referência	Of.º n.º	Data
99-43/D- Comissão de Assuntos Constitucionais Direitos, Liberdades e Garantias	GAVPM/2037/2011	2012.03.05

Assunto: - **Proposta de Lei 45/XII/1ª (GOV); Proposta de Lei 146/XII/1ª (PSD, CDS-PP)**

Exmo. Senhor,

Para os fins tidos por convenientes, tenho a honra de remeter a V.Exa., cópia dos Pareceres deste Conselho Superior da Magistratura, referente às Propostas supra referidas.

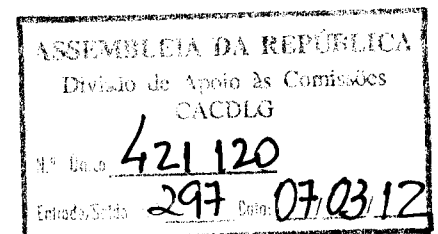
Sem outro assunto, apresentamos os nossos melhores cumprimentos *E elevada c.º s.º referência*

O Juiz – Secretário,

L

(Luís Miguel Vaz da Fonseca Martins)

IT



Sede: Rua Mouzinho da Silveira, nº10, n.º 1269-273 Lisboa · Telefone: +351 213220020 · Fax: +351 213474918
Correio electrónico: csm@csm.org.pt · Internet: www.csm.org.pt

EM CASO DE RESPOSTA, AGRADECEMOS A MENÇÃO DAS NOSSAS REFERÊNCIAS



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

DESPACHO:

As Exas Vice Presidentes
do CSM.
Lisboa, 27/2/2022

Envia cópia em e-mail
Vogal e ao juiz de direito a
quem compete a decisão, em dois dias.
Nada sendo comunicado,
envia-se a informação ao
Sr. Vice-Presidente da Comissão
da A - R.

27/2/2022

PARECER

Ref.: Proc. 99/43D – Gabinete de Apoio

Assunto: Comissão de Assuntos Constitucionais - Proposta de Lei n.º 45/XII/1.ª (GOV) ⁽¹⁾

1. Objecto

Pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura o texto da Proposta de Lei n.º 45/XII/1.ª (GOV), supra identificado, solicitando a emissão, pelo Conselho Superior da Magistratura, de parecer escrito sobre a aludida iniciativa legislativa.

2. Enquadramento

A Proposta de Lei em apreço visa aprovar o novo regime jurídico da concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e a Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto. Consta da respectiva Exposição de Motivos que o novo regime da concorrência obedece a cinco linhas de orientação, a saber:

⁽¹⁾ Na elaboração do presente parecer, tiveram-se em consideração os contributos do Excelentíssimo Senhor Vogal do CSM, Juiz de Direito Dr. José Manuel Tomé de Carvalho.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

— “Em primeiro lugar, simplificar a lei e introduzir maior autonomia das regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência relativamente às regras de procedimentos penais e administrativos;

— O segundo princípio orientador centra-se na racionalização das condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência avaliar a relevância das queixas recebidas e, introduzir prioridades na sua actuação;

— Em terceiro lugar, procura harmonizar mais a legislação portuguesa relativa ao regulamento da União Europeia sobre controlo de concentrações de empresas;

— O quarto princípio, promove a garantia de maior clareza e segurança jurídica na aplicação do Código do Processo Administrativo ao controlo de concentrações;

— E por último, a presente Proposta de Lei procura aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de recurso judicial de decisões da Autoridade da Concorrência”.

Estas linhas de orientação correspondem ao protocolado no Memorando de Entendimento sobre as Condicionais da Política Económica da República Portuguesa, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, no ponto 7.19 (“concorrência e autoridades de regulação sectoriais”).

Assim, a proposta da nova lei da concorrência está estruturada em sete matérias fundamentais:

- a) *Promoção e defesa da concorrência*, mediante a definição do objecto e aplicação da lei, noção de empresa, obrigações da Autoridade da Concorrência para garantir o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência, poderes da Autoridade da Concorrência, prioridades da mesma no exercício da sua missão e no processamento das denúncias que lhe sejam reportadas;
- b) *Práticas restritivas da concorrência*, estabelecendo-se quais as práticas proibidas, bem como as que podem considerar-se justificadas, prevendo o respectivo processo sancionatório, no âmbito do qual são definidos os poderes da Autoridade da Concorrência;
- c) *Operações de concentração de empresas*, com a previsão das operações sujeitas a controlo e quais as regras a que essa concentração deve obedecer (neste particular, a proposta de Lei procede igualmente à alteração do art.º 4.º da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro – Lei da Imprensa, exigindo a prolação de parecer prévio pela Autoridade da Concorrência, vinculativo para a Entidade Reguladora para a Comunicação Social,



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

- quando ocorram operações de concentração de empresas em que participem empresas jornalísticas ou noticiosas);
- d) *Estudos, inspecções e auditorias*, com a definição dos procedimentos a realizar pela Autoridade da Concorrência;
 - e) *Auxílios públicos*, prevendo-se que estes não devem distorcer ou afectar de forma sensível a concorrência;
 - f) *Emissão de regulamentação* por parte da Autoridade da Concorrência, com a definição das obrigações desta entidade; e,
 - g) *Quadro contraordenacional*, com a estatuição de normas relativas a infracções e sanções. Quanto a esta matéria, é ainda definido que a instância de recurso das decisões da Autoridade da Concorrência é o *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão* (ainda não instalado), de cujas sentenças e despachos cabe recurso para o Tribunal da Relação.

3. Apreciação

3.1. A definição de um regime jurídico da concorrência assenta na previsão da al. f) do art.º 81.º da Constituição da República Portuguesa, nos termos da qual, “incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

O texto proposto para o novo regime jurídico da concorrência faz uma evolução do regime actualmente existente, com inovações que são conformes com o direito comunitário da concorrência. Nesta medida, a iniciativa merece louvor. Há, contudo, algumas normas que estabelecem soluções com alguma complexidade ou passíveis de confusão, designadamente pela forma como estão redigidas e que nessa medida são passíveis de interpretações dispares e, conseqüentemente, potenciadores de litígio sobre o seu âmbito de aplicação ou sobre a tramitação que deva ser observada. Não se pretende com as observações seguintes exercer uma crítica negativa sobre o regime jurídico ora proposto, mas tão só colocar à consideração do Legislador sobre a pertinência da reflexão sobre determinadas questões e, caso assim seja entendido, adequar-se o texto para uma redacção que permita atingir os objectivos propostos em conjugação com o respeito para com os princípios fundamentais e com as melhores práticas.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

3.2. No art.º 4.º, n.º 2, prevê-se que «as empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto no presente diploma, *na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada*». Este último segmento pode ser perigoso e poderá constituir uma forma de muitas entidades públicas empresariais deixarem de estar sujeitas ao regime geral da concorrência, apesar de intervirem no mercado. Ou seja, sugere-se a reflexão sobre a eventual eliminação deste segmento normativo, submetendo todos os que estejam no mercado concorrencial às mesmas regras e condicionantes.

3.3. No art.º 5.º, os n.ºs 3 a 6 poderão ser redundantes. Nada a obstar que se estabeleça, por princípio, a obrigatoriedade de apresentação de um relatório, potenciador para um efectivo conhecimento e controlo da actividade da Autoridade da Concorrência. No entanto, em particular o n.º 3 proposto não é necessário constar da norma, desde que se entenda enquadrável no âmbito dos poderes da Autoridade da Concorrência. Mas se assim não for entendido, talvez fosse mais adequado incluir a previsão em causa na redacção do n.º 2 do preceito, por uma questão de unidade estrutural.

3.4. No art.º 6.º são estabelecidas as prioridades no exercício da missão da Autoridade da Concorrência.

3.4.1. Em termos substanciais, o preceito acaba por consagrar o *princípio da oportunidade*, embora tal consagração esteja em termos aparentes (não de forma expressa), mudando o paradigma aceite pela generalidade da doutrina, ou seja, do princípio da legalidade da actual LdC (crfr. art.º 24.º, n.º 1). Ao não se consagrar de forma expressa o aludido princípio, mas procurando que a redacção o comporte, o n.º 2 ficou com uma redacção demasiado complexa e sem uma adequada e clara percepção. Nesta medida, é de prever que os termos em que se encontra redigida e o princípio que acaba por acolher (o da oportunidade), venham a originar uma elevada litigiosidade, designadamente quanto à instauração de processos contraordenacionais, com risco de perda de eficácia da AdC. Aliás, se porventura for intenção do Legislador acolher o princípio da oportunidade, seria mais adequado aderir à proposta formulada pela AdC e que respeita uma formulação da oportunidade de matriz britânica:

«Princípio da oportunidade



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

1 – No desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

2 – A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência, quando confrontadas com as expectativas de eficiência processual, determinem a abertura de processo de contraordenação no caso em concreto».

Ainda neste âmbito, parece descontextualizado o texto proposto para o n.º 3, já que as prioridades não se devem reportar a *poderes sancionatórios*, mas sim à *supervisão*, razão por que se sugere a correcção dos termos em que se encontra redigido.

3.4.2. Em termos formais, a epígrafe faz referência a “sua missão”. Na medida em que a epígrafe do capítulo I diz respeito à “promoção e defesa da concorrência”, a referência à “sua missão” é em gramaticalmente inadequada, só sendo cognoscível a que sujeito se refere por decorrência do art.º 5.º e pela leitura integral do art.º 6.º. Por conseguinte, a epígrafe do preceito deveria ser «Prioridades no exercício da missão da Autoridade da Concorrência».

3.5. No art.º 7.º (processamento de denúncias), não se compreende a referência no seu n.º 4 a “fundamento válido”. Em termos de técnica jurídica, é susceptível de interpretações diversas, sobre a natureza do conceito de *validade*. Adoptando-se no art.º 6.º o princípio da oportunidade, seria mais adequada a referência a “*sem fundamento relevante*” ou, simplesmente, “*sem fundamento*”.

3.6. Em relação ao capítulo II (práticas restritivas da concorrência – art.ºs 8.º a 34.º), importa enunciar algumas questões que demandam a densificação da legística, bem como algumas correcções de pormenor.

3.6.1. É controversa a criação, *dentro do processo contraordenacional da concorrência*, de uma nova figura, sem qualquer substrato, com a designação de “visado” e que se destina a ter uma posição processual próxima mas substitutiva da de “arguido”. Inexiste qualquer regulação sobre o seu estatuto normativo, designadamente quanto aos respectivos direitos e deveres, passível de fomentar uma enorme litigiosidade sobre qual a sua efectiva posição processual. Deste modo, será aconselhável manter-se a terminologia tradicional, aliás, pacificamente aceite no regime geral das contraordenações.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

Se assim não for entendido, justifica-se a adequada regulação sobre o respectivo estatuto processual, face à sua criação *ex novo* apenas no domínio da contraordenação da concorrência e que não tem paralelo nem no Código de Processo Penal, nem no Regime Geral das Contraordenações (diplomas de direito subsidiário). A sua falta potenciará interpretações diversas, designadamente sobre a aplicabilidade do estatuto de arguido (previsto no Código de Processo Penal, com a conseqüente relação de direitos e deveres), sendo que, todavia, em tais circunstâncias, a aludida aplicabilidade directa contrariaria a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem considerado uniformemente que as empresas têm o dever de colaboração com a Comissão e com as autoridades de concorrência nacionais, inclusive no âmbito de procedimentos sancionatórios em curso.

Por conseguinte, a manter-se a opção legislativa, torna-se imperiosa a **criação do estatuto legal desta figura de "visado"**, com clara definição dos seus direitos e deveres, incluindo-se no leque destes, o dever de colaboração com a AdC. Complementarmente, é conveniente a criação de uma norma que estabeleça as situações de constituição obrigatória do visado pelo processo, designadamente aquando da notificação da nota de ilicitude (à semelhança do que já actualmente sucede na Lei n.º 18/2003, com a constituição de arguido), bem como quando os representantes legais das empresas forem chamados a responder junto da AdC no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

3.6.2. Ainda no âmbito das práticas restritivas da concorrência, falta uma norma habilitante da **apreensão de mensagens de correio electrónico durante as buscas nas instalações das empresas**, a qual deveria replicar o regime previsto na Lei do Cibercrime.

Na falta dessa norma, o Ministério Público continuará a excepcionar expressamente, no mandado de busca e apreensão, a possibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico já recebidas nos computadores existentes nas instalações das empresas.

Ora, as mensagens de correio electrónico são um dos raros meios de prova disponíveis para a prova dos cartéis, abstraindo dos requerimentos de clemência. Nesta conformidade, a falta de norma deixará a AdC com a mesma dificuldade com que já hoje se depara nas suas buscas, aliás contra a corrente dos poderes das suas congéneres europeias e da própria Comissão Europeia, o que contraria o disposto no Memorando de Entendimento, que visa o reforço dos poderes da AdC.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

3.6.3. Suscita-se à consideração do Poder Legislativo a possibilidade de previsão normativa de **recurso judicial da decisão de arquivamento do inquérito**, em paralelo com a possibilidade prevista no novo regime jurídico de recurso judicial da decisão de arquivamento da denúncia. O recurso da decisão de arquivamento por parte do denunciante é um contraponto equilibrado à possibilidade de arquivamento do processo segundo critérios de oportunidade.

3.6.4. No art.º 10.º, estabelece-se ser proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste. O n.º 2 elenca, exemplificativamente, quais são as situações de abuso, mas é omitida qualquer caracterização do sentido a conferir a *posição dominante*. Ou seja, o art.º 10.º limita-se a reproduzir o regime actual, quando a doutrina vem enunciando a necessidade de uma precisão terminológica do conceito de posição dominante. Aliás, no art.º 11.º, o legislador caracteriza de uma forma clara o conceito de *dependência económica*, razão por que também o deveria fazer para o conceito de *posição dominante*.

3.6.5. No art.º 14.º (prestação de informações), a regra prevista acaba por ter uma demasiada complexidade: sugere-se seja enunciada a regra geral do prazo de dez dias (ou, alternativamente, o prazo de 15 dias), sem quaisquer distinções.

3.6.6. No art.º 16.º, n.º 4 (abertura de inquérito), não se compreende a restrição constante do preceito, na medida em que a população infoexcluída não deve ser limitada no seu direito de apresentar denúncias, por outros meios diversos do formulário disponibilizado na página electrónica da Autoridade da Concorrência. Ou seja, sem prejuízo da utilização deste recurso, o n.º 4 não deve ser restritivo ao uso exclusivo dessa modalidade de apresentação de denúncia.

3.6.7. A menção ao juiz de instrução no n.º 6 do art.º 18.º (buscas domiciliárias) já decorre da regra geral do n.º 1. Ou seja, não seria necessária essa menção no n.º 6, embora se compreenda que o legislador terá pretendido reforçar a exigência que a busca depende expressamente de autorização do juiz de instrução.

3.6.8. Relativamente ao art.º 22.º (arquivamento mediante imposição de condições no inquérito), o princípio subjacente a este preceito é controvertido. No processo contraordenacional da AdC (que é estruturalmente diverso do processo crime), o inquérito



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

corresponde a uma fase de investigação que termina com uma nota de ilicitude (correspondente à acusação, ou, no processo disciplinar, à nota de culpa); segue-se depois a instrução, enquanto fase administrativa de defesa da pessoa colectiva, que pode terminar com decisão da AdC, condenatória ou absolutória (arquivamento), sendo a condenatória susceptível de recurso judicial.

Propõe-se nesse artigo a possibilidade de negociação de compromissos na fase do Inquérito, com vista ao seu arquivamento, ou seja, na fase em que se está a investigar e a configurar a infracção, se a houver. Ora, a possibilidade de aceitar compromissos só deveria ser admitida na fase de instrução, ou seja, depois de estabilizada a configuração da infracção, se a houver. Colocá-la também na fase do inquérito poderá conduzir a práticas de influências mediante a "sanação" do processo antes mesmo de ser formulada uma acusação devida, e, portanto, abortando a investigação. Ou seja, o arquivamento mediante imposição de condições deve ser previsto na fase de instrução e não na fase de inquérito (investigação).

3.6.9. A decisão de restrição de acesso ao processo, a que o n.º 2 do art.º 32.º deve ser susceptível de impugnação judicial. Na medida em que no n.º 4 se faz referência a uma circunstância em que o acesso é permitido para efeitos de impugnação judicial da decisão da AdC, do mesmo modo deveria estar expressamente prevista, para evitar interpretações contraditórias, que da decisão a que se refere o n.º 2, é sempre susceptível de impugnação judicial.

3.7. Relativamente ao preceito que regula a **concentração de empresas**, a al. b), do n.º 1, do art.º 35.º, não estabelece de forma clara que também esteja integrada no conceito as situações em que essa concentração se opere mediante a *subordinação da gestão da actividade à direcção de uma outra sociedade*, designadamente quando efectivada pelo contrato previsto nos art.ºs 493.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais. Poderá, é certo, argumentar-se que a redacção da alínea c), do n.º 3 do preceito é passível de ser interpretado nesse sentido, porém ainda que se aceite esse argumento, a referência a tal circunstancialismo deveria ser expressa. Aliás, a subordinação da gestão por contrato deve igualmente relevar para efeitos de cálculo do volume de negócios, justificando-se idêntica menção desta circunstância nos critérios do cálculo a que se refere o n.º 1 do art.º 38.º.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

3.8. Ainda no âmbito das operações de controlo, a percentagem fixada na al. a), do n.º 1, do art.º 36.º, para implicar a sujeição a notificação prévia, parece ser muito elevada, apesar das particularidades previstas nas al. b) e c). Com efeito, no mercado actual, a criação ou reforço de uma quota igual ou superior a 40% e mesmo a 30% já corresponde a um domínio efectivo do mercado, não sendo necessário atingir o patamar de 50%. Sugere-se, por conseguinte, a ponderação sobre a alteração da taxa da quota a que se refere a citada al. a), do n.º 1, do art.º 36.º, para efeitos de obrigatoriedade de notificação prévia, no âmbito do controlo das operações.

3.9. Salvo melhor entendimento, verificando-se circunstâncias que indiciem distorções ou restrições de concorrência, não pode ficar sujeita à discricionariedade da AdC a realização ou não de inspecções e auditorias necessárias à identificação das suas causas. Por conseguinte, sugere-se que no n.º 1, do art.º 62.º, o termo «pode» seja substituído pelo termo «deve».

*

Submete-se o presente parecer à superior consideração de Vossa Excelência.

Aos 23 de Fevereiro de 2012.

Joel Timóteo Ramos Pereira
Juiz de Direito de Circuito
Adjunto do Gabinete de Apoio do Conselho Superior da Magistratura