

Protocolo

6CEIOPH@ar.parlamento.pt

Exmo. Senhor
M.I. Deputado Afonso Oliveira
Presidente da 6.ª Comissão de Economia,
Obras Públicas, Planeamento e Habitação
Assembleia da República
Palácio de S. Bento | Praça da Constituição de 1976
1249-068 Lisboa

S/ Referência
Email

S/ Comunicação
qui 19/05/2022 16:17

N/ Referência
03860-CA/2022
DS.SUP.070

Data
31-05-2022

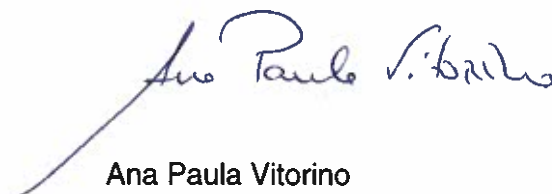
Assunto: Projeto de Lei n.º 8/XV/1.ª - Transposição da Diretiva 2019/1/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018

Senhor Presidente,

Serve o presente para levar ao conhecimento de V. Exas. o Parecer n.º 49/AMT/2022, de 31 de maio, que se anexa, sobre a Proposta de Lei n.º 8/XV/1.ª (GOV) – “*Transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, 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*”, nos termos dos respetivos Estatutos, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio e ao abrigo das atribuições de apoio ao Governo e à Assembleia da República na implementação e avaliação de linhas estratégicas e da política nacional em todas as áreas relativas à regulação, incluindo a elaboração de pareceres.

Com os melhores cumprimentos,

A Presidente do Conselho de Administração



Ana Paula Vitorino

Anexo: Parecer n.º 49/AMT/2022, de 31 de maio.

PARECER N.º 49/AMT/202

I – Do Objeto

A Comissão de Economia, Obras Públicas, Planeamento e Habitação (6.ª - CEOPPH XV), através de *c.e.* datado de 19 de maio de 2022, endereçou pedido de apreciação (parecer escrito) à Presidente do Conselho de Administração da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) sobre a Proposta de Lei n.º 8/XV/1.ª (GOV) que “*Transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, 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*”.

II - Enquadramento e Análise

1. A Diretiva em causa – conhecida pela sigla “ECN+” - visa reforçar a denominada “aplicação pública” (*public enforcement*) do Direito da Concorrência pelas autoridades nacionais da concorrência (ANC) dos diversos Estados-Membro da União Europeia (UE), tendo, no caso nacional, a Autoridade da Concorrência (AdC) sido designada, pelo Ministro da Economia e da Transição Digital, como o “*serviço responsável*” pela apresentação de uma proposta de transposição.
2. Esta designação tem vindo a ser questionada por várias entidades públicas (desde logo, o Tribunal da Concorrência e Regulação, TCRS) e privadas que se pronunciaram no decurso do longo processo de consulta pública que teve lugar após a apresentação do Anteprojeto de transposição pela entidade responsável.
3. O que está em causa é, precisamente, o facto de a AdC ser parte interessada nesta verdadeira reforma legislativa de fundo – tanto do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), como dos seus Estatutos - que lhe confere poderes acrescidos e reforçados, no plano acusatório, no âmbito dos poderes de busca, exame, recolha e apreensão de documentos, incluindo “*correspondência e outros meios de comunicação privada*”.
4. Esta matéria, a par com questões relacionadas com a concreta determinação do valor máximo da coima aplicável a empresas e “associações de empresas” - considerando uma referência percentual (“até 10%”) sobre o seu volume de negócios global/mundial – tem levantado dúvidas e debates sérios sobre a eventual (não) conformidade constitucional de algumas das opções legiferantes, sendo as principais questões identificadas as constantes do Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias [ainda sobre a Proposta de Lei 99/VIV/2.ª, que antecedeu a PL ora em análise], a cujo conteúdo se adere, na generalidade.

Voltaremos a esta matéria mais à frente, no presente Parecer.

5. Ainda a propósito dos poderes da AdC, não pode a AMT deixar de salientar que, com esta reforma legislativa, a AdC assume poderes verdadeiramente reforçados (no limite, judiciais) que não se limitam à mera transposição da Diretiva, extrapolando o seu objeto.
6. Assim, cumpre fazer referência ao facto de o “pacote legislativo” apresentado por esta entidade no processo de consulta pública incluir (ainda que tal não esteja, nesta fase em discussão junto da CEOPPH) uma proposta de alteração à **Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)** que estabelece que “*o regime previsto na presente lei não se aplica à Autoridade da Concorrência, na medida em que o seu orçamento não dependa de dotações do Orçamento do Estado ou cujas receitas não provenham da utilização de bens do domínio público*”.
7. Esta proposta de alteração legislativa não deixa de apresentar um significado muito especial, sobretudo no contexto de aprovação da Lei do Orçamento de Estado para 2022 (LOE22), cuja proposta prevê, em termos genéricos, a sujeição de todas as entidades abrangidas pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER) – incluindo a AdC – às restrições constantes da mesma, incluindo cativações sobre receitas próprias e sujeição a autorizações governamentais para realização de despesas ou celebração de contratos.
8. Esse facto representa, no atual contexto – como a AMT já teve oportunidade de sinalizar – um retrocesso significativo na autonomia de gestão dos reguladores, colocando mesmo em causa a sua independência, funcional e de facto, essencial para o cabal cumprimento da sua missão de interesse público que, no caso da AMT, inclui estatutariamente responsabilidades nas matérias de promoção e defesa da concorrência nos mercados regulados (cf. n.º 2, *in fine*, do Artigo 1.º dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, na sua redação atual).
9. Nesta medida, e considerando o atual contexto orçamental, não se compreende a relação desta proposta de alteração à LEO, no âmbito da transposição da Diretiva ECN+, salvo pela (muito) indireta necessidade de reforço dos poderes e meios, conferindo verdadeira independência à AdC.
10. Note-se que a proposta em causa (alteração LEO) visa excecionar a AdC, de forma permanente, de quaisquer alterações e restrições “orçamentais” que se possa(m)

aplicar, a cada momento, do conjunto das entidades abrangida pelo regime jurídico constante da LQER, que inclui, sem margem para qualquer dúvida, para além dos reguladores ditos setoriais, a própria AdC.

11. Nesse sentido, a AMT não pode concordar com essa proposta de alteração à LEO – reitera-se, incluída no “pacote legislativo” preparado pela própria AdC, a propósito da transposição da Diretiva ECN+ - tendo em conta que (i) essa proposta extravasa o mandato da AdC como serviço responsável pela referida transposição; e (ii) a sua aprovação colocaria a AdC em posição de clara prevalência perante os demais reguladores, afetando o “*level playing field*” institucional e o equilíbrio de poderes entre a entidade responsável pela promoção e defesa da concorrência (AdC) e as demais entidades administrativas independentes, com poderes de regulação económica, a quem cabe, como no caso da AMT, também, zelar pelo cumprimento do quadro jus concorrencial, europeu e nacional.
12. Nos pontos seguintes faremos uma referência mais detalhada a algumas matérias constantes da PL ora em análise e que suscitam reservas, do ponto de vista técnico-jurídico (incluindo colisão com princípios e normas constitucionalmente consagrados), ainda que se admita que a maior parte dessas matérias já tenham sido analisadas e debatidas por académicos, especialistas jus concorreciais e entidades públicas e privadas abrangidas pelo RGC.

Senão vejamos,

- a. A Diretiva reclama uma dupla finalidade (i) atribuir às autoridades nacionais da concorrência (ACN) dos EM competência para uma “aplicação mais eficaz” do Direito da Concorrência (em particular, Artigos 101.º e 102.º do TFUE); e (ii) garantir o “bom funcionamento do mercado interno”.
- b. Este objetivo e impulso da União é compreensível, em contexto de extensão de regras de concorrência justas e equitativas, também às matérias “processuais” (para além das “substantivas”), sendo de salientar que a referida deriva processual é o resultado do modelo descentralizado de aplicação do Direito da Concorrência, entre as instâncias da UE (Comissão, TJUE) e as ANC.
- c. A Diretiva ECN+ surge, pois, neste contexto, e abrange um leque de matérias vasto, de grande sensibilidade jurídica, incluindo algumas matérias de competência reservada, nos termos da leis constitucionais, aos parlamentos nacionais, como por exemplo, (i) a independência das ACN; (ii) a cooperação administrativa UE-ACN; (iii)

- a harmonização dos meios de prova admissíveis; (iv) as competências inspetivas; (v) as competências sancionatórias; (vi) a harmonização dos regimes de clemência ; e (vii) a cooperação com os tribunais nacionais.
- d. No que concerne ao anteprojeto de transposição (PL, ora em análise) de notar que o respetivo Artigo 2.º propõe, no seu n.º 3, uma alteração que não é imposta pela Diretiva. De facto, o princípio da interpretação conforme ao Direito da União resulta do TFUE e da jurisprudência constante do TJUE, sendo expressamente consagrado no artigo 8.º, n.º 4, da Constituição (CRP), pelo que esta disposição é, salvo melhor opinião, tautológica.
- e. O mesmo se dirá do previsto no n.º 5 do referido Artigo 2.º, pois é, no mínimo, redundante prever na lei nacional princípios que decorrem dos Tratados e da Jurisprudência do TJUE e que se encontram constitucionalmente consagrados.
- f. Nesse sentido, considera-se que o anteprojeto ganharia em restringir estas referências, assegurando, ao invés, o princípio da proteção máxima dos direitos dos visados (assegurando uma verdadeira “igualdade de armas”, a nível processual) quando esteja(m) em causa infrações aos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, que são as normas referidas no n.º 3 da Diretiva que se pretende transpor.
- g. Como refere, na sua pronúncia, o TCRS (quanto aos Artigos 2.º, n.ºs 3 a 5 e 69.º, n.º 2), *“a interpretação conforme ao Direito da União Europeia deve ressaltar os direitos fundamentais, quando o nosso direito nacional lhes concede um nível de proteção superior”*.
- h. Por outro lado, como recorda a doutrina *“a aplicação do direito da União in foro domestico não pode conduzir, em qualquer caso, ao desrespeito dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático” e que “isso mais não significa que o primado haverá que ceder face ao que afinal representa o núcleo duro e irredutível da Constituição”*.
- i. De notar, no entanto, que o anteprojeto (PL, ora em análise), atribui à AdC poderes quase mais vastos do que aqueles que são atribuídos às autoridades judiciais para investigação dos crimes o que (i) implica uma deriva do direito das contraordenações para o direito penal (admitindo que as infrações ao RJC não são, ainda, classificadas como crime, mas como contraordenações, ou seja, ilícitos de mera ordenação social); e (ii) coloca em causa princípios fundadores do Estado de Direito – a separação dos poderes, administrativo e judiciário -, bem como direitos, liberdades e garantias

constitucionalmente protegidos (direito à imagem, vida privada, proteção do domicílio, quando estejam em causa buscas domiciliárias e apreensão de documentos, só para mencionar alguns).

- j. Uma das questões controvertidas, a nível constitucional, como aliás bem salienta o parecer da **Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias** (já citado) está relacionada com os elementos que podem ser alvo de busca e apreensão por parte da AdC, que incluíam, numa primeira versão do anteprojeto “*mensagens de correio eletrónico*”; no entanto, este acesso (sem aviso prévio) a dispositivos e equipamentos e a correio eletrónico não tem expressão direta no texto europeu (salvo referência num dos seus considerandos, que não tem força normativa)
- k. Por outro lado, esta consagração colocou dúvidas sobre a legitimidade de tal possibilidade face ao disposto no n.º 4 do Artigo 34.º da CRP, que proíbe toda a ingerência de entidades públicas na correspondência, nas telecomunicações (...), salvo os casos “previstos na lei em matéria de processo criminal” (cf. n.º 4 do Artigo 34.º da CRP, *in fine*).
- l. Ora, como já foi sublinhado – e que resulta com clareza do disposto no Artigo 67.º do RGC, as infrações ao regime jurídico da concorrência constituem contraordenação (e não crime, reitera-se).
- m. Nesse sentido, este acesso da AdC a correspondência (incluindo mensagens de correio eletrónico) dos “visados” nas buscas e apreensões, por não ser um caso previsto na lei penal, afrontaria o disposto no n.º 4 do Artigo 34.º da CRP.
- n. Estas considerações – tecidas ao longo de todo o processo de consulta pública e do processo legislativo -parecem ter resultado no facto de a atual al. b) do n.º 1 do Artigo 18.º da PL em análise, já não mencionar acesso a correspondência (incluindo acesso a mensagens de correio eletrónico).
- o. No entanto, a referência à possibilidade de inspecionar “*os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados*” (que aliás tem correspondência na al. c) do n.º 1 do Artigo 18.º do atual RGC), deve ser objeto de uma interpretação restritiva e conforme à CRP, mantendo a clara articulação entre os elementos que podem ser objeto de inspeção (ou mesmo apreensão), em sede de buscas e os que podem ser usados como meios de prova, em fase procedimental posterior.

- p. De referir que ambas as matérias estão, de facto, relacionadas: o atual n.º 2 do Artigo 31.º da PL em análise, apenas admite como **meios de prova** (em processos de contraordenação da responsabilidade da AdC), os que não forem proibidos por lei, designadamente os obtidos em observância do Artigo 18.º. Logo, a conjugação dos dois normativos – *al. b) do n.º 1 do Artigo 18.º e n.º 2 do Artigo 31.º da PL* – **na sua leitura restritiva e conforme à Constituição, no respeito pelos direitos liberdade e garantias dos “visados” proíbe que sejam objeto de busca e apreensão mensagens de correio eletrónico e que as mesmas sejam admissíveis, posteriormente, como meios de prova.**
- q. Esta interpretação – que poderia implicar a “colisão” do princípio do primado do Direito Europeu, com o princípio de interpretação conforme à Constituição – deve ser entendida nos termos exatos do estabelecido no n.º 4 do Artigo 8.º da CRP que estabelece que *“as disposições dos tratados que regem a UE e as normas emanadas das suas instituições (...) são aplicáveis na ordem interna com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”*.
- r. Ou seja, é precisamente este limite que está em causa (o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático), sendo este o limite para a atuação de todas as entidades, mesmo no processo de transposição de diretivas europeias.
- s. Existem, ainda, outras matérias que levantam reservas de índole constitucional, nomeadamente as relacionadas com o **montante máximo das coimas a aplicar em sede de processo contraordenacional** (cf. Artigo 69.º n.ºs 4, 5 e 7 e corpo do Artigo 72.º do PL em análise).
- t. A questão prende-se, assim, com o **volume máximo das coimas** que, nos termos do Artigo 15.º da Diretiva *“...não é inferior a 10% do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas”* (o que é retomado nos normativos da PL, ora em análise, que remetem para uma formulação específica – o montante máximo da coima a aplicar não pode exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, da empresa (ou “associação de empresas”), tendo como referência o exercício anterior à tomada da “decisão final” pela AdC (cf. n.ºs 4, 5 e 7 do Artigo 69.º da PL).
- u. Por outro lado, o corpo do Artigo 72.º da PL (**sanções pecuniárias compulsórias**) permite à AdC decidir, quando se justifique, pela aplicação de uma sanção deste tipo *“num montante não superior a 5% total, a nível mundial, realizado pela empresa ou pela associação de empresas no ano imediatamente anterior à decisão, por dia de atraso, a contar da data da notificação (...)”*.



AUTORIDADE
DA MOBILIDADE
E DOS TRANSPORTES

- v. Reconhecendo que o texto da Diretiva e da PL (transposição) não são exatamente correspondentes, considera-se, mais uma vez, ser necessário ter em conta os normativos constitucionais (princípio da legalidade, previsto nos n.ºs 1 e 3 do Artigo 29.º da CRP e o princípio da proibição das sanções de duração ilimitada ou indefinida, prevista no n.º 1 do Artigo 30.º da CRP) e a Jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC).
- w. De facto, o TC, ainda que reconhecendo ao legislador uma ampla margem na definição dos montantes da coimas [considerando que as sanções devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasoras], tendo em vista assegurar o efeito preventivo das mesmas, *tal liberdade de definição não inclui situações de “manifesta e flagrante desproporcionalidade ou excessiva amplitude entre os limites máximo e mínimo”*.
- x. Para além do mais, esta amplitude do limite máximo da coima é também potencialmente violadora do princípio da igualdade (Art. 13.º da CRP), nomeadamente imaginando a possibilidade de duas empresas, tendo cometido exatamente a mesma infração ao Direito da Concorrência, poderem incorrer em sanções / coimas díspares, por uma ter a sua atividade limitada ao território nacional e a segunda, por exemplo, integrar uma multinacional, de expressão global / mundial.
- y. Para além do mais, a amplitude dos tetos máximos das coimas e das sanções pecuniárias compulsórias **são passíveis, para além de atentar aos já referidos preceitos constitucionais, de violar o princípio da proporcionalidade, conforme consagrado no n.º 2 do Artigo 266.º da CRP.**

III. Conclusões

- 13. A PL 8/XV/1.ª (GOV) que transpõe a Diretiva ECN+ conforma uma iniciativa legislativa fundamental para o cumprimento das finalidades consagradas na Diretiva em referência, a saber a aplicação mais eficaz e descentralizada do Direito da Concorrência (Artigos 101.º e 102.º do TFUE), bem como, de forma mais generalista, garantir o *“bom funcionamento do mercado interno”*.
- 14. No entanto, como tem vindo a ser salientado por várias entidades, no âmbito do já longo processo de consulta pública que envolveu este Anteprojeto, o facto de a AdC ter sido designada pelo Governo como *“serviço responsável”* pela transposição causa, desde logo, alguma perplexidade, considerando a imparcialidade necessária para


legislar “em causa própria”, sobretudo quando estão em causa reforço inequívoco de poderes dessa entidade.

15. Como questão prévia, considerou-se que a AdC havia, de certa forma, extravasado o âmbito estrito da transposição da Diretiva ao incluir no “pacote legislativo” que acompanha o projeto uma proposta de alteração à LEO que excluiria, de forma perene, a AdC da aplicação do respetivo regime, salvaguardando, assim, esta entidade de cativações sobre receitas próprias (ou de autorizações governamentais para a realização de despesas ou celebração de contratos) tal como as que constam da atual Proposta de Lei de Orçamento de Estado para 2022 (regime aplicável a todas as entidades abrangidas pela LQER, incluindo a AdC).
16. De salientar que ainda que a AMT considere que tais restrições implicam um retrocesso relativamente à necessidade de garantir a independência, de facto e funcional, de todas as entidades administrativas independentes com poderes de regulação económica, ainda assim, defende que todos devem ser iguais perante a lei, na formulação mais simples do princípio da legalidade.
17. Nesse sentido, a AMT não pode concordar com a proposta de alteração à LEO tendo em conta que (i) essa proposta extravasa o mandato da AdC como serviço responsável pela referida transposição; e (ii) a sua aprovação colocaria a AdC em posição de clara prevalência e privilégio perante os demais reguladores, afetando o “level playing field” institucional e o equilíbrio de poderes entre a entidade responsável pela promoção e defesa da concorrência (AdC) e as demais entidades administrativas independentes, com poderes de regulação económica, a quem cabe, como no caso da AMT, também, zelar pelo cumprimento do quadro jus concorrencial, europeu e nacional.
18. No que respeita à PL em concreto:
 - a. Constatou-se – em concordância com a generalidade da doutrina produzida sobre esta matéria e com a posição do TCRS – que “*a interpretação conforme ao Direito da União Europeia deve ressaltar os direitos fundamentais quando o nosso direito nacional lhes confere um nível de proteção superior*”.
 - b. Ou seja, o princípio do primado do Direito da União cede, em certos casos, face ao núcleo “duro e irredutível da Constituição” (cf. n.º 8 do Artigo 8.º da CRP, que estabelece a as disposições do Direito Europeu são aplicáveis na ordem interna, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático);

- c. Nesse sentido a AMT acompanha a análise e posição da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que emitiu parecer sobre a Proposta de Lei que antecedeu a que agora se analisa.
- d. A esse propósito, ainda que a inconstitucionalidade latente constante da anterior redação da al. b) do n.º 1 do Artigo 18.º (violação do n.º 4 do Artigo 34.º da CRP, pela consagração expressa, em lei “não penal” da possibilidade de buscas e apreensão de “mensagens de correio eletrónico” dos visados) tenha sido eliminada, recomenda-se uma leitura restritiva e conforme à CRP da norma em referência (reformulada), em articulação com o n.º 2 do Artigo 31.º da PL.
- e. Assim, essa leitura restritiva e respeitadora dos direitos fundamentais dos “visados” **implica que se entende que é proibida a apreensão (no seguimento de buscas) de mensagens de correio eletrónico, que não devem ser, assim, consideradas como meios de prova admissíveis.**
- f. Outra questão cuja inconstitucionalidade latente permanece inalterada (por violação, *inter alia*, do princípio da proporcionalidade, conforme consta do n.º 2 do Artigo 266.º da CRP), na PL em análise, refere-se ao montante máximo das coimas a aplicar em sede de processo contraordenacional (cf. nºs 4, 5 e 7 do Artigo 69.º e corpo do Artigo 72.º da PL), por referência ao volume de negócios global (mundial) das empresas (ou associações de empresas) infratoras.
- g. Sugere-se, assim, que esta inconstitucionalidade possa ser devidamente ponderada e corrigida em sede dos trabalhos a desenvolver pela Comissão de Economia, Obras Públicas, Planeamento e Habitação (6.ª - CEOPPH XV).

Lisboa, 31 de maio de 2022.

A Presidente do Conselho de Administração



Ana Paula Vitorino