

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

José Miguel Tareja Fialho

**O PURGATÓRIO PROCESSUAL DO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA EUROPEU**

A COMISSÃO EUROPEIA, OS TRIBUNAIS E O RESPEITO PELOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS EMPRESAS

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em
Direito Internacional Público e Europeu, orientada pelo Professor Doutor Miguel Maria
Tavares Festas Gorjão-Henriques da Cunha e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Dezembro de 2023



O PURGATÓRIO PROCESSUAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU

A Comissão Europeia, os Tribunais e o respeito pelos Direitos Fundamentais
das Empresas

THE PROCEDURAL PURGATORY OF THE EUROPEAN COMPETITION LAW

The European Commission, the Courts and the respect for the Fundamental
Rights of Undertakings

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas,
com Menção em Direito Internacional Público e
Europeu, sob a orientação do Professor Doutor Miguel
Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da Cunha.

José Miguel Tareja Fialho

Coimbra, 2023

*Aos meus queridos pais,
pelo apoio incondicional.*

*Aos meus irmãos, Rita e
Luís, por serem os meus
maiores exemplos.*

*À Vanda, a “mão invisível”
desta aventura.*

AGRADECIMENTOS

Após seis anos na cidade dos Estudantes, e concluída aquela que foi a fase mais desafiante da minha vida até à data, não me permite a consciência deixar de agradecer a algumas pessoas – entre as muitas com que me cruzei e fizeram a diferença - que fizeram marcante diferença no meu sucesso.

Ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor Miguel Gorjão-Henriques, pelos conselhos e incentivos constantes a melhorar o meu trabalho, apontando o rumo a seguir e levantando as questões necessárias. Às senhoras da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que me acompanharam nas minhas divagações sobre os melhores métodos de pesquisa e sobre a biblioteca da nossa Faculdade.

À ELSA por me ter ensinado tanto ao longo destes anos e por me ter alimentado a paixão pelo Direito Europeu e pelo Direito Internacional, desafiando-me constantemente a estar a par da atualidade do debate jurídico a nível mundial. Aos amigos que nela fiz, e me deram diferentes perspetivas do que é um jurista de sucesso e me mostraram como a troca de experiências incentiva à maturidade.

À minha Tertúlia, amigos e colegas de casa, que nunca deixaram o meu lado por mais que as noites de trabalho se tornassem cansativas ou que as discussões ficassem acesas. Em especial, aos meus “afilhados e padrinhos” da Faculdade, que mesmo anos após as brincadeiras habituais em praxe, acompanham o meu caminho dispostos ao maior esforço pela minha comodidade. Em especial, ao meu caro amigo Tomás, que além de um jurista brilhante, revelou uma paciência sobre-humana na troca de ideias em torno do tema.

Obrigado, Coimbra.

*Quando as almas, que haviam descendido,
Perguntam-nos: “Sabeis, para indicar-nos,
Por onde o monte pode ser subido?
Tornou Virgílio: - “Voz apraz julgar-nos
Do lugar sabedores; mas viandantes,
Como sois vós, deveis considerar-nos
Chegáramos aqui, de vós, pouco antes,
Por estrada tão árdua e temerosa,
Que esta subida a par, jogo é de infantes.”*

DANTE ALIGHIERI, *A Divina Comédia*

Purgatório, II Canto

RESUMO

Num contexto em que a aplicação pública do direito da concorrência é desafiada pelas novas questões da economia global e digital, importa revisitar conceitos clássicos e recordar a essência dos direitos fundamentais das empresas em processos por infração às regras da concorrência. Com a sua devida atenção aos poderes de investigação da Comissão Europeia, este estudo examina os desafios e equilíbrios inerentes à proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Direito da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Particular atenção é dada à salvaguarda destes direitos de defesa durante as investigações, destacando problemas fundamentais como o direito a um processo justo e equitativo, a proteção da privacidade, e vários princípios com origem comum nos processos criminais dos Estados-Membros. Ao longo da dissertação, identificam-se os desafios práticos e tensões insurgentes na procura da conciliação dos imperativos da aplicação eficaz do direito da concorrência com o respeito integral pelos direitos fundamentais das empresas, analisando essas interações para o desenvolvimento da jurisprudência europeia e para a construção de um sistema jurídico equitativo e eficiente.

Na exposição, abdica-se de uma análise geral ao tratamento dado aos direitos de defesa das empresas, preferindo pela sua categorização especializada. Ao elaborar um catálogo problematizante das garantias à disposição da empresa, mediante o tratamento individual do seu conteúdo e jurisprudência marcante, pretende-se uma transação, do universo de conceitos contidos no processo sancionatório da concorrência para a esfera individual da empresa que dispõe de tais prerrogativas.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação pública, processo justo e equitativo, direitos fundamentais, poderes de investigação, justiça processual, boa administração, privacidade, inspeções.

ABSTRACT

In a context where the public enforcement of competition law faces new challenges in the global and digital economy, it is crucial to revisit classical concepts and recall the essence of the fundamental rights of undertakings in proceedings for competition law violations. With due attention to the investigatory powers of the European Commission, this study examines the challenges and balances inherent in protecting fundamental rights within the framework of European Union Law and the European Convention on Human Rights.

Special emphasis is placed on safeguarding these defense rights during investigations, addressing fundamental issues such as the right to a fair and equitable process, the protection of privacy, and various principles rooted in the criminal processes of Member States. Throughout the dissertation, practical challenges and tensions are identified that arise in seeking to reconcile the imperatives of effective competition law enforcement with the full respect for the fundamental rights of companies. The study analyzes these interactions for their implications on the development of European jurisprudence and the construction of an equitable and efficient legal system.

In the exposition, a comprehensive analysis of the treatment given to the defense rights of companies is waived in favor of their specialized categorization. By creating a problematic catalog of guarantees available to the company, through the individual treatment of their content and significant case law, the intention is to effect a transaction, moving from the realm of concepts contained in the competition sanctioning process to the individual sphere of the company that possesses such prerogatives.

KEYWORDS: Public enforcement, due process, fair trial, fundamental rights, investigatory powers, procedural justice, good administration, privacy, inspections.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

AECLJ – *Association of European Competition Law Judges*

AG – Advogado-Geral

Al. – Alínea

ANC – Autoridade(s) Nacional(/is) da Concorrência

App. – *Application*

Art. – Artigo

BCE – Banco Central Europeu

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Confronte

Comissão – Comissão Europeia

DGCOMP – Direção-Geral da Concorrência

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

E.g. – *Exempli grata*, por exemplo.

ECA – *European Competition Authorities*

ECN – *European Competition Network*

Ed. – Edição

EO – *European Ombudsman*

Et al. – E outros.

EU – European Union

FMI – Fundo Monetário Internacional

Ibid/Idem. – *Ibidem*, na mesma fonte

Is. – Issue

LOFTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais

MoU – *Memorandum of Understanding*

P.e. – Por exemplo

Pág. – Página

Para. – Parágrafo.

Proc. – Processo

RJC – Regime Jurídico da Concorrência

Segs. – Seguintes

TCRS - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TG – Tribunal Geral

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Tratado – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

V.g. – *Verbi gratia*, por exemplo.

Vol. – Volume

ÍNDICE

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	13
0. DA GÉNESE E PRINCÍPIOS BASILARES DA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU	
0.1. O processo sancionatório por infração ao direito da concorrência nos ordenamentos português e europeu.....	15
0.1.1. Brevíssima nota histórica sobre a aplicação dos princípios da concorrência na Europa.....	15
0.1.2. O Regulamento n.º 1/2003 e a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado.....	19
a) <i>Instrumentos de aplicação.....</i>	<i>21</i>
b) <i>Articulação entre os ordenamentos e autoridades nacionais e da União Europeia.....</i>	<i>23</i>
0.2. Bases normativas aplicáveis no ordenamento jurídico nacional.....	29
1. SOBRE OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA E OS SEUS LIMITES	
1.1. Dos poderes de investigação da Comissão Europeia e das Autoridades Nacionais da Concorrência.....	32
1.1.1. Enquadramento normativo-procedimental dos poderes de inquérito da Comissão.....	33
a) <i>Inquéritos por setores económicos e tipos de acordos.....</i>	<i>35</i>
b) <i>Pedidos de Informações nos Processos sob os arts. 101.º e 102.º TFUE: Procedimentos e Implicações Legais.....</i>	<i>36</i>
c) <i>Poderes da Comissão para Registrar Declarações: Implicações e Limitações Legais.....</i>	<i>39</i>
d) <i>Poderes de Inspeção da Comissão: Alcance e Implicações no Âmbito do Regulamento n.º 1/2003.....</i>	<i>40</i>
i) <i>As 'Dawn Raids' de Bruxelas: Conflito entre Eficiência Investigativa e Proteção dos Direitos Fundamentais dos Investigados.....</i>	<i>43</i>
ii) <i>Restrições aos Poderes de Investigação da Comissão: Princípios Gerais e Respeito aos Direitos de Defesa das Empresas.....</i>	<i>46</i>
2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	
2.1. Enquadramento da proteção dos Direitos Fundamentais na União.....	50
2.1.1. A jornada histórico-conceitual dos direitos fundamentais na União – da imprevisão inicial à Carta.....	51
2.2. A inevitável dialética entre a União Europeia e a Convenção.....	56

2.3. Algumas notas sobre a proteção dos direitos assinalados.....	58
2.4. A defesa reforçada do Provedor de Justiça Europeu e os critérios exigidos pelos princípios da boa administração.....	61
2.5. Sobre a consideração dos direitos de defesa como direitos fundamentais.....	65
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO A UM PROCESSO JUSTO E EQUITATIVO NA CONCORRÊNCIA EUROPEIA	
3.1. Considerações prévias sobre a defesa justa das empresas.....	69
3.2. Direito fundamental de acesso à justiça.....	73
3.3. Os princípios imperativos do processo justo e equitativo <i>lato sensu</i>	75
a) <i>Do Tribunal isónomo</i>	75
b) <i>Do direito de ‘audiência’</i>	79
c) <i>Da razoabilidade do prazo</i>	84
d) <i>Do acesso aos documentos do processo</i>	88
e) <i>Do confronto</i>	91
3.4. Algumas garantias tradicionalmente jurídico-criminais de destaque na concorrência europeia.....	92
a) <i>Direito ao silêncio, a não testemunhar contra si próprio e nemo tenetur se ipsum accusare</i>	93
b) <i>Presunção de inocência e direitos de defesa</i>	96
c) <i>Ne bis in idem</i>	99
d) <i>Princípio da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas</i>	102
3.5. A Comissão Europeia e as exigências de fiscalização decorrentes do princípio da tutela jurisdicional efetiva.....	103
4. ALGUMAS NOTAS EM TORNO DA PRIVACIDADE E OUTROS DIREITOS NA ESFERA DA EMPRESA	
4.1. Direitos fundamentais à privacidade.....	109
a) <i>Revisão abrangente de casos-chave</i>	111
b) <i>Luxemburgo vs. Estrasburgo – Será o Regulamento de aplicação da concorrência incompatível com o sistema de tutela de direitos fundamentais atual?</i>	117
c) <i>Do segredo das comunicações entre um advogado e o seu cliente</i>	121
d) <i>As ‘fishing expeditions’ da Comissão Europeia</i>	123
e) <i>A apreensão de comunicações eletrónicas: o paradigma constitucional português</i>	125

4.2. Benefício dos programas de clemência na concorrência europeia.....	126
4.3. Breves considerações sobre o procedimento de transação em casos de cartel.....	129
4.4. A inovação da Diretiva ECN+ no campo dos direitos fundamentais.....	131
CONCLUSÃO.....	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137
CATÁLOGO DE JURISPRUDÊNCIA.....	150
LEGISLAÇÃO E FONTES OFICIAIS.....	158

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Num cenário contemporâneo marcado pela globalização e digitalização económica, as questões relacionadas com a concorrência desleal e as práticas anticoncorrenciais tornaram-se pontos cruciais no bioma judicial. Comprometida em assegurar a livre concorrência e preservar o mercado interno, a União Europeia estabeleceu um robusto compêndio legislativo – constituído por normas substantivas e processuais – conhecido como Direito da Concorrência Europeu. No âmbito desta normatividade, os direitos fundamentais dos agentes económicos emergem como elementos essenciais a serem considerado, em especial à luz dos princípios gerais de direito da União.

O presente estudo busca lançar luz sobre a intrincada jornada enfrentada pelas empresas acusadas de infrações ao Direito da Concorrência, delineando uma análise profunda sobre o processo que se destina a aplicá-lo. Recorrendo à metáfora do “*purgatório*” (em alusão à *magnum opus* de Dante Alighieri), pretende-se explorar o estado de limbo jurídico em que as empresas são submetidas, entre a acusação e a redenção. Se, no purgatório, as almas arrependidas dos seus pecados em vida transitam através do Monte Purgatório até ao céu, também as empresas enfrentam uma jornada processual em sua defesa, evitando o castigo da sanção, em busca da absolvição (e, eventualmente, redenção) das acusações de práticas anticoncorrenciais. Propõe-se, portanto, a análise de um ecossistema complexo e desafiador, onde se entrelaçam considerações éticas, jurídicas e económicas, no “*monte*” que é o processo por infração à concorrência.

Ao longo deste estudo, examinaremos as facetas desse limbo jurídico, analisando o impacto das medidas adotadas durante o processo, as garantias fundamentais conferidas às empresas e os desafios práticos que permeiam essa delicada interseção entre garantias de defesa e objetivos de política económica. Da mesma forma, pretende-se compreender o *modus* como os princípios fundamentais de defesa são equacionados no contexto específico das infrações à concorrência europeia, explorando a complexidade de conciliar a eficácia punitiva com o respeito às garantias fundamentais das empresas.

Espera-se, ultimamente, contribuir para uma compreensão aprofundada do equilíbrio necessário (embora frágil) entre a persecução das infrações à concorrência e o respeito aos direitos fundamentais das empresas, esperando encontrar indícios do aprimoramento do

sistema jurídico europeu e uma maior clareza quanto às expetativas e desafios enfrentados pelas empresas nesse contexto *sui generis*.

0. DA GÉNESE E PRINCÍPIOS BASILARES DA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU

“[H]á uma similitude entre o direito e a música. A 9.^a Sinfonia de Beethoven, escrita em pautas, só é música quando uma orquestra a toca. E uma sonata para piano, escrita em pautas, será música quando um pianista a toca. A música só se realiza quando é tocada e o direito realiza-se quando se aplica. O pianista dá vida à música da sonata para piano e essa realização depende de múltiplos factores (qualidade do piano, acústica da sala, público alvo, etc.). E a mesma música é interpretada de modo diferente pelo mesmo pianista em distintos dias ou salas, assim como por outros pianistas. Também no direito a mesma norma jurídica comporta diferentes modos de aplicação em razão da interpretação, da maleabilidade de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e, principalmente, pela diversidade de casos a que a mesma regra se aplica.”

ROMANO MARTINEZ, P. (2020)¹

0.1. O processo sancionatório por infração ao direito da concorrência nos ordenamentos português e europeu

0.1.1 Brevíssima nota histórica sobre a aplicação dos princípios da concorrência na Europa

¹ ROMANO MARTINEZ, “Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXI (2020), 2, pág. 583-607.

Na formação da União Europeia, a concorrência ocupa uma posição favorável à concretização do mercado único, começando, logo, pela constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e o Tratado de Paris (1951), onde os fundadores consagraram regras que salvaguardassem a concorrência de empresas, nomeadamente mediante um combate à cartelização nas indústrias do carvão e do aço². A Comissão (ou, à altura da CECA, a Alta Autoridade), ‘*guardiã dos Tratados*’, ocupou, desde cedo, uma posição privilegiada³ (embora de competências partilhadas com as jurisdições nacionais) na proteção da concorrência comunitária. Um papel (como veremos) crucial naquele que era (e é) um dos instrumentos com maior potencial para a integração do mercado⁴.

Contrariamente aos precedentes históricos da salvaguarda da concorrência, da liberdade de mercado e do corpo normativo que a regula substantivamente⁵, as raízes do direito adjetivo da concorrência na União Europeia podem ser analisadas de uma ótica mais recente, remontando ao Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia (Tratado CEE).

No seguimento do Tratado de Roma (*Traité instituant la Communauté Économique Européenne*), o legislador europeu promoveu a adoção dos instrumentos necessários à aplicação do conteúdo dos atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado (art. 103.º do Tratado sobre

² Desde logo, essas previsões normativas tinham a capital preocupação de evitar a cartelização na indústria europeia. Cfr. GORJÃO-HENRIQUES DA CUNHA, M. (1998), *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: A franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, pág. 117.

³ Não descurando o relevante papel desempenhado pelo Conselho na elaboração dos regulamentos e diretivas relativos à aplicação dos preceitos de defesa da concorrência. *Ibid.*

⁴ Não obstante a sua conceção original para a realização da liberdade de circulação dos fatores produtivos (“*trabalhadores, mercadorias, serviços e capitais*”). Cfr. GORJÃO-HENRIQUES, M. (2019), *Direito da União – História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, Almedina, Coimbra, pág. 620.

⁵ Para uma contextualização histórico-ideológica do *antitrust*, vide LEWINSOHN (*Trusts and cartels dans l'économie mondiale*, Librairie de Médecis, 1950), CHEFFINS, B. (*The Development of Competition Policy, 1890-1940 : A Re-Evaluation of a Canadian and American Tradition*, Osgoode Hall Law Journal, 1989), ALBUQUERQUE, P. (*Direito Português da Concorrência: Em torno do Decreto-Lei n.º 422/83*, in “Direito das Obrigações, Volume III”, org. MENEZES CORDEIRO, 1990), GORJÃO-HENRIQUES DA CUNHA (*Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: A Franquia de Distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998), ROTHBARD, M. (*The Brilliance of Turgot – Part I*, in “An Austrian Perspective on the History of Economic Thought – Volume I: Economic Thought Before Adam Smith”, Ludwig von Mises Institute, pág. 383-413, 2006), CALVETE, V. (*Sobre as Origens do Antitrust*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015), FRANCESCHINI. (*Tratado de direito empresarial. Direito concorrencial*. Vol. 7, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018), SAWYER (*US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*, Harvard Business School, pág.19-110, 2019), MOURA E SILVA (*Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, 2020), *et al.*

o Funcionamento da União Europeia, ou TFUE⁶). Suscita especial curiosidade, entre as finalidades a prosseguir no campo legislativo (art. 103.º, n.º 2 do Tratado), a de determinar as “modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo” (alínea b)). A Comissão Europeia era (e é⁷) responsável por garantir a aplicação dos princípios “a pedido de um Estado-Membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros” (art. 105.º TFUE, ex-artigo 89.º).

O Regulamento n.º 17/62⁸, primeiro instrumento jurídico-comunitário fundamentado no (antigo) art. 87.º⁹, surgiu como tentativa de equilibrar teses oponentes. A posição alemã defendia um controlo prévio com efeito constitutivo *ex nunc* nas decisões da Comissão, enquanto a doutrina francesa pleiteava simplificação processual, sem intervenção Comissional¹⁰. Este diploma conferiu aplicabilidade direta às proibições dos artigos 85.º e 86.º do Tratado de Roma (atuais art. 101.º e 102.º do TFUE), sem necessidade de decisão prévia sobre o incumprimento (art. 1.º do Regulamento n.º 17/62). O Regulamento consagrou, ainda, a exclusividade da Comissão em matéria de declaração de inaplicabilidade do n.º 1 do art. 85.º com fundamento no n.º 3 (art. 9.º do Regulamento) e a obrigatoriedade de notificar a Comissão relativamente a quaisquer acordos ou condutas inseridas no n.º 1 do art. 85.º, para que decida sobre a compatibilidade com o n.º 3 (art. 5.º do Regulamento)¹¹. O Regulamento possibilitava também a atribuição de certificados negativos (art. 2.º), nos termos dos quais se considerava que o acordo não violava o art. 85.º, n.º 1, nem o art. 86.º do Tratado. Todavia, não devemos abandonar uma caracterização deste sistema fortemente centralizado, sem antes dedicar algumas palavras à exploração do seu afamado mecanismo de notificação prévia.

⁶ Art. 103.º TFUE. “1. Os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu”.

⁷ Nos termos do atual art. 105.º TFUE.

⁸ Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado. Document 31962R0017.

⁹ Atual art. 103.º.

¹⁰ GOYDER (2003) *apud* MOURA E SILVA, *ob. cit.*, pág. 302.

¹¹ As decisões da Comissão em matéria de aplicação do Regulamento n.º 17 eram suscetíveis de controlo institucional pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, nas condições previstas nos arts. 164.º e segs. do Tratado. Cfr. PAIS ANTUNES, L. M., *Direito da Concorrência – Os Poderes de Investigação da Comunidade Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 12.

O sistema de notificação prévia que o Regulamento n.º 17/62 veio a estabelecer em torno da figura da Comissão Europeia¹² permitiu a esta exercer os poderes que o n.º 3 do atual art. 101.º do Tratado lhe conferia, para estruturar a política comunitária vigente e aproximar-se dos acordos entre empresas negociados¹³. Este sistema, contudo, acabou por ceder, provocando uma sobrecarga de notificações sobre a Comissão¹⁴. Durante os primeiros anos de aplicação do Regulamento n.º 17/62, a Comissão terá chegado a receber 920 notificações de acordos multilaterais¹⁵ e 34.500 relativas a acordos bilaterais¹⁶ ¹⁷. Em resposta, a Comissão levou a cabo um conjunto de mudanças com vista à eficácia do sistema¹⁸. Para a redução significativa do número de notificações para a Comissão, contribuíram a atenuação do âmbito da proibição do art. 101.º, n.º 1 do TFUE com uma regra *de minimis*¹⁹, novos regulamentos de isenção com base em legislação do Conselho²⁰, o recurso a metodologias informais para pôr termo a processos e uma descentralização das denúncias, incentivando a uma maior cooperação entre a Comissão e as autoridades e tribunais nacionais²¹.

¹² Cfr. EHLERMANN, C. D. (2000), *The Modernization of EC Antitrust Policy. A Legal and Cultural Revolution*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2000, pág. 5-6.

¹³ Por força do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento n.º 17/62, aquelas práticas concertadas poderiam vir a beneficiar de um juízo de inaplicabilidade, mediante uma notificação prévia à Comissão. Os arts. 4.º e 7.º do diploma abriam uma exceção a esta notificação preliminar, através de isenções *a posteriori*, nos termos do art. 85.º, n.º 3. Vide MOURA E SILVA, 2020, pág. 303.

¹⁴ European Commission (1998). *XXVIIth Report on Competition Policy (1997) (Published in conjunction with the General Report on the Activities of the European Union - 1997)*. Brussels – Luxembourg. Cfr. MONTAG, F. (1998). *The Case for a Reform of Regulation 17/62: Problems and Possible Solutions from a Practitioner's Point of View*. Fordham International Law Journal. Vol. 22, Is. 3, Art. 5.

¹⁵ Até novembro de 1962.

¹⁶ Até fevereiro de 1963.

¹⁷ GOYDER (2003) *apud* MOURA E SILVA (2020).

¹⁸ Em 2000, o número de processos pendentes terá mesmo sido reduzido para cerca de 1.200 (MOURA E SILVA, 2020).

¹⁹ Reconhecido no Acórdão *Völk v. Vervaecke* (proc. 5/69), alvo de comunicações interpretativas da Comissão. Cfr. *Projeto de Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação de minimis)*. 2014/C 291/01, 30.08.2014.

²⁰ Atos gerais (art. 288.º TFUE) e abstratos, dotados de aplicabilidade direta (enquanto atos de direito da UE). Além do regulamento de isenção por categoria que versa sobre distribuição automóvel (Reg. Comissão n.º 461/2010), podemos encontrar este instrumento aplicado em diversos setores especializados (v.g. setores dos seguros, dos transportes aéreos e de transferência de tecnologia).

²¹ A título de fatores favoráveis à reforma do Regulamento (CEE) n.º 17/62, GORJÃO-HENRIQUES (2019, pág. 630) indica o alargamento da União Europeia a novos Estados-membros (*vide* PASCAL FONTAINE, *A Construção Europeia de 1945 aos Nossos Dias*, rev. por JOSÉ BARROS MOURA, Gradiva Publicações, Lisboa, 1998, pág. 25 e segs.), a maturação de uma cultura europeia da concorrência, as fortes críticas contra a centralização da aplicação do direito da concorrência na Comissão e a ideia de responsabilização dos Estados por salvaguardar uma efetiva política comunitária da concorrência.

Em 1999, as instituições europeias inauguraram o chamado *modernisation package*²², através do lançamento de um Livro Branco²³, que abriu portas a um novo paradigma processual, materializado no Regulamento (CE) n.º 1216/1999²⁴ e, mais tarde, culminando com o Regulamento (CE) n.º 1/2003²⁵.

Este último proporcionou a abertura de possibilidades para uma ampla gama de modificações substanciais, revolucionando o sistema de notificação prévia e convertendo-o num mecanismo de exceção legal. Adicionalmente, incorporou uma cláusula de equilíbrio económico sem a necessidade de autorização prévia (artigo 1.º do Regulamento n.º 1/2003), estabelecendo um sistema pioneiro que promove a descentralização dos processos sancionatórios relacionados às práticas restritivas da concorrência. Desse modo, as autoridades e instâncias judiciais nacionais passaram a desempenhar um papel mais proeminente e ativo nesta matéria²⁶.

0.1.2 O Regulamento n.º 1/2003 e a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado

Em virtude do seu efeito direto, os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) criam direitos sob a alçada dos particulares, merecedores de proteção pelo poder judicial intracomunitário. De memória fresca, e sentindo as consequências a longo prazo da sobrecarga administrativa que o sistema de notificação

²² Sobre este pacote de modernização, entre outros, GORJÃO-HENRIQUES (2019, pág. 630/631), WILS, W. (2000, pág. 1658 e segs.) e as Guidelines publicadas pelo Office of Fair Trading britânico (*Modernisation: Understanding competition law*, 2000, Crown Copyright 2004).

²³ Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE. Programa da Comissão n.º 99/027. 1999/C 132/01. Cfr. WILS, W. (2020) “The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission’s Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation No. 17”. *Fordham International Law Journal*. Vol. 24, Is. 5, Art. 6., pág. 1658 e segs..

²⁴ Regulamento (CE) n.º 1216/1999 do Conselho, de 10 de Junho de 1999, que altera o Regulamento n.º 17, primeiro regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, L 148, pág. 5-6.

²⁵ A sua entrada em vigor viria a coincidir com o quinto alargamento da Comunidade (1 de Maio de 2004).

²⁶ Embora o papel das Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) já estivesse abrangido no Regulamento n.º 17/62, estas tinham um papel subsidiário e dependente do papel da Comissão (art. 9.º, n.º 3 do Regulamento n.º 17). Cfr. WAELBROECK, M., FRIGNANI, A. (1999). *European Competition Law*. Transnational Publishers, pág. 507 e segs.

prévia implicou para a Comissão²⁷, o legislador optou por substituir o predecessor sistema da notificação prévia²⁸ por um sistema de exceção legal, expressamente delimitado no art. 1.º, n.º 1 do Regulamento²⁹, ao criar aquele que seria um processo de natureza eminentemente administrativa³⁰, de resposta às infrações ao direito da concorrência europeu.

A partir do art. 2.º deste diploma, o legislador principia a enunciação dos seus princípios fundamentais, inaugurando o elenco com o ónus da prova (art. 2.º do Regulamento n.º 1/2003). Dispõe o preceito que “o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 81.º ou do artigo 82.º do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação” (1ª parte), enquanto o ónus da prova do preenchimento das condições previstas no n.º 3 do artigo 101.º, com vista ao seu benefício, incumbe à empresa ou associação de empresas (*in fine*)³¹. Segue-se, sistematicamente, a competência de aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE (art. 4.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003), centralizada na esfera da Comissão, não obstante a competência das autoridades nacionais de concorrência (ANC), que foram designadas pelos Estados-Membros (art. 5.º e art. 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003)³².

²⁷ Cfr. WHISH, R., BAILEY, D. (2021). *Competition Law*. 10th Edition. Oxford University Press. “*The Commission was overburdened with notifications, many of which concerned agreements that had no seriously anticompetitive effect, with the consequence that it was distracted from other tasks, such as the pursuit of cartels (...) which are of much greater significance for the public interest*”.

²⁸ Com a exceção dos ordenamentos dinamarquês, italiano e letão. Cfr. ECN Working Group on Cooperation Issues (22 May 2013). *Results of the questionnaire on the reform of Member States (MS) national competition laws after EC Regulation No. 1/2003* (consultado em abril de 2023).

²⁹ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. Artigo 1.º.

³⁰ Contrariamente ao sistema português, historicamente criminal, que considera essas práticas restritivas enquanto ilícitos contraordenacionais. Cfr. MELÍCIAS, M. J. (2021). *Towards 170 Years of Competition Policy in Portugal: Past and Future Perspectives in Light of the Implementation of the ECN+ Directive*. In “Building the European Union: The Jurist’s View of the Union’s Evolution.” Ed. Koen Lenaerts, Nuno Piçarra, Carla Farinhas, et al. Oxford: Hart Publishing, pág. 169-184.

³¹ A título de exemplo, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.2.2023, proc. 18/19.0YUSTR-N.L1-PICRS.

³² Considerando o caso concreto da Autoridade da Concorrência (AdC), verificamos que, de modo a perseguir os seus objetivos, reúne um conjunto de poderes de regulamentação, de supervisão e sancionamento (art. 5.º, n.º 1, do RJC e Lei da Autoridade da Concorrência). Sobre a compatibilidade entre a Constituição da República Portuguesa e a atribuição, a uma autoridade de natureza administrativa, da “competência para decidir os processos relativos a práticas restritivas da concorrência e para proceder à aplicação das respectivas coimas”, *vide* a pronúncia de não inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional (Acórdão do TC n.º 158/92). Sobre os poderes e competências de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado pelas ANC, e relativamente à concretização desses poderes no ordenamento português, *vide* MOURA E SILVA (2020), pág. 306 e segs..

Embora, com a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão tenha perdido o monopólio de competência para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE³³, o seu leque de poderes de investigação, competências e variedade de decisões foram reforçados, como se confirma pela superveniente possibilidade de aquela dirigir questões orais no decorrer de inspeções, a sua abertura para apor selos³⁴, inspecionar residências privadas, assim como a elevação de coimas por obstrução de investigações³⁵ e por desrespeito de decisões³⁶.

a) *Instrumentos de aplicação*

O conjunto de mecanismos formais em que a ordem jurídica comunitária deposita a sua confiança para garantir o respeito dos princípios europeus da concorrência pode ser bipartido, consoante a sua natureza seja administrativa ou judicial³⁷. Para aplicar o preceituado nos artigos 101.º e 102.º do Tratado, a vertente administrativa reveste a forma de instrumentos regulamentares, decisões administrativas (em casos concretos, no âmbito de processos sancionatórios)³⁸ e inquéritos setoriais sob a autoridade da Comissão (estes

³³ Sobre a suscetibilidade de aplicação desta norma através de regulamentos de isenção, *vide* MOURA E SILVA (2020), pág. 317.

³⁴ Cfr. Resumo da decisão da Comissão, de 30 de Janeiro de 2008, relativa a um procedimento nos termos do n.º 1 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho (Proc. COMP/B-1/39.326 – *E.ON Energie AG*). 2008/C 240/06. Cfr. Art. 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

³⁵ Cfr. Summary of Commission Decision, of 28 March 2012, relating to a proceeding under Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Case COMP/39.793 – *EPH and others*). 2012/C 316/05. *Vide* HAAR, M. (2013). *Obstruction of Investigation in EU Competition Law: Issues and Developments in the European Commission's Approach*. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 36, pág. 247 e segs..

³⁶ Cfr. Summary of Commission Decision, of 12 July 2006, fixing the definitive amount of the periodic penalty payment imposed on Microsoft Corporation by Decision C(2005) 4420 final and amending that Decision as regards the amount of the periodic penalty payment (Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*). 2008/C 138/07. Cfr. WILS, W.P.J. (2013). *Ten Years of Regulation 1/2003 – A Retrospective*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 4, pág.. 293-301.

³⁷ *Vide* MOURA E SILVA (2020), pág. 306 e segs.

³⁸ As decisões encontram-se tipificadas no leque de atos jurídicos previsto no art. 288.º do TFUE. São obrigatórias em todos os seus elementos (4.º parágrafo), são eficazes a partir do momento em que os seus destinatários sejam notificados (art. 297.º, n.º 2 TFUE) e devem ser publicadas (art. 30.º do Regulamento n.º 1/2003). O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê no seu Capítulo III os principais tipos de decisões a adotar, entre as quais as decisões de verificação e cessação da infração (art. 7.º), de decreto de medidas provisórias (art. 8.º), de aceitação de compromisso (art. 9.º) e de não aplicabilidade (art. 10.º). Em 2014, as decisões de proibição constituíam o meio mais importante de aplicação das regras de concorrência da EU, uma tendência que se viu reforçada pela introdução de um procedimento de transação para os cartéis (Cfr. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Dez anos de aplicação da legislação antitruste ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003: Progressos alcançados e perspetivas*, Bruxelas, 9.7.2014, COM(2014) 453 final, número 19).

últimos previstos no art. 17.º do Regulamento n.º 1/2003)³⁹. Já para o tratamento destas situações através de instrumentos de natureza judicial, as autoridades europeias socorrem-se das decisões judiciais em sede de tribunais nacionais⁴⁰ e em sede dos tribunais da União Europeia⁴¹.

Em virtude do carácter descentralizado introduzido no sistema de aplicação dos artigos 101.º e 102.º pela reforma de 2004⁴², é possível proceder a uma clara delimitação orgânica destes instrumentos consoante a sua competência recaia exclusivamente sobre a Comissão Europeia⁴³, conjuntamente sobre a Comissão e as ANC⁴⁴ ou sobre os poderes judiciais das instâncias nacionais e europeias.

Além dos meios supramencionados de aplicação do direito europeu da concorrência, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 abre margem, no Considerando 38⁴⁵, a uma aplicação informal dos preceitos, através das chamadas orientações (ou cartas de orientação). No ano de 2004, aquando de uma nova etapa de modernização, o seu regime ficou formalmente concretizado sob a forma de uma comunicação da Comissão⁴⁶.

³⁹ V.g. o inquérito setorial sobre a Internet das Coisas (IdC) para os consumidores (*vide* a opinião de SOUSA, J.R. no portal *Europe Direct Minho* de 16 de julho de 2020, acessível através da seguinte hiperligação: <https://europedirectminho.ipca.pt/comissao-lanca-inquerito-setorial-sobre-a-internet-das-coisas-idc-para-os-consumidores/>). Estes inquéritos, acrescenta MOURA E SILVA (2020), não se traduzem numa qualquer adoção de sanções ou injunções (sem prejuízo de eventuais processos sancionatórios movidos com base nestes instrumentos administrativos), mas em meros instrumentos da política comunitária (pág. 316 e segs.). Até 2009, a Comissão tinha levado a cabo apenas 5 destes inquéritos (Cfr. CENGIZ, F. (2009), *Regulation 1/2003 Revisited*, TILEC Discussion Paper 2009-042, Tilburg University pág. 8).

⁴⁰ Seja no contexto de um litígio *inter* particulares, seja mediante a apreciação de decisões prévias das Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC). Cfr. MOURA E SILVA (2020), *idem*.

⁴¹ Que podem ter lugar em réplica a questões prejudiciais levantadas em Tribunais Nacionais, no contexto do controlo judicial das decisões da Comissão e no âmbito da responsabilidade extracontratual da União sobre aquelas mesmas decisões e omissões. *Ibid.*

⁴² Esta descentralização é evidenciada, inclusive, ao nível normativo, desde logo, pela letra do art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, onde o legislador dispôs que regula a “[r]elação entre os artigos [101.º] e [102.º] do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência”.

⁴³ Assim as decisões de não aplicabilidade, o poder regulamentar e os inquéritos setoriais no espaço jurídico europeu.

⁴⁴ E.g. as decisões administrativas no decorrer de processos sancionatórios concretos. Note-se que o início de um processo pela Comissão implica uma necessária retirada de competência às ANC para o efeito. *Ibid.*

⁴⁵ Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002. Considerando 38.

⁴⁶ Cfr. *Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação)*, 2004/C 101/06.

b) *Articulação entre os ordenamentos e autoridades nacionais e da União Europeia*

Uma das questões mais pertinentes que dividiu os especialistas prendeu-se com a definição do relacionamento entre o direito da concorrência da União Europeia e o direito nacional dos Estados-membros⁴⁷. Perante uma questão tão tormentosa como a interligação e relacionamento entre as ordens nacionais e europeia, o Tribunal de Justiça aproveitou o Acórdão *Walt Wilhelm*⁴⁸ para consagrar uma doutrina moderada (intermédia entre a teoria da barreira única e a teoria da barreira dupla). Neste acórdão, o TJ considerou que a aplicação simultânea dos ordenamentos nacional e europeu, embora possível, seria limitada pelo princípio da prevalência da aplicação do direito da União⁴⁹.

Face a este novo sistema, com um *modus* descentralizado de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, as ANC passaram a ter competência para aplicar aqueles preceitos (art. 5.º do Regulamento n.º 1/2003), devendo fazê-lo sempre que se deparem com práticas semelhantes que afetem o mercado comum entre os Estados-membros⁵⁰. Contudo, e se aquelas autoridades nacionais podem adotar normas mais restritivas relativamente a práticas unilaterais restritivas da concorrência⁵¹, não poderão proibir qualquer prática empresarial que se compatibilize com os Tratados⁵².

⁴⁷ Face a esta questão, duas escolas confrontaram-se. A primeira corrente, apologista de uma ‘*teoria da barreira dupla*’, defendia que uma conduta concertada ou restritiva só deveria ser permitida se cumprisse os critérios jurídicos de ambos os ordenamentos (europeu e interno). Em sentido contrário, os defensores de uma ‘*teoria da barreira única (ou simples)*’ rejeitavam a possibilidade de aplicar cumulativamente ambos os ordenamentos, arguindo a impossibilidade de atuar do direito interno quando o direito da União Europeia se devesse aplicar. Cfr. GORJÃO-HENRIQUES (2019), pág. 625 e segs..

⁴⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.1969, proc. 14/68, *Walt Wilhelm et al. v. Bundeskartellamt*.

⁴⁹ Na esteira das palavras de GORJÃO-HENRIQUES (2019), “não poderia ser considerada lícita no plano nacional uma coligação que o direito da União Europeia proibisse”.

⁵⁰ Há que compatibilizar este dever de aplicação cumulativa dos dois esquemas normativos com o princípio *non bis in idem* (art. 50.º da CDFUE). Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 309 e segs.

⁵¹ V.g. o artigo 12.º do nosso Regime Jurídico da Concorrência, que proíbe o abuso de dependência económica em termos mais restritivos do que o art. 102.º do TFUE, em respeito do previsto no Considerando 8 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

⁵² Nomeadamente, afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-membros, mas (1) não restringir a concorrência; (2) restringir a concorrência mas poder beneficiar da isenção prevista no art. 101.º, n.º 3 TFUE; ou (3) ser abrangido por um regulamento de isenção por categoria. *Vide* GORJÃO-HENRIQUES (2019, pág. 625 e segs.) e MOURA E SILVA (2020, pág. 310 e segs.).

Ao contrário do que acontecia no paradigma instituído pelo Regulamento n.º 17/62⁵³, permitiu-se um controlo mais eficiente e efetivo de infrações ao direito da concorrência (não obstante o protagonismo da Comissão), partindo do pressuposto de que as ANC⁵⁴ são as instituições mais próximas aos acontecimentos⁵⁵, promovendo um processo de descentralização no âmbito da aplicação do direito da concorrência⁵⁶. Neste sentido, a mesma coerência⁵⁷ na aplicação do direito da União Europeia e do direito interno em matéria de concorrência se exigiria dos tribunais nacionais dos Estados-membros (art. 16.º do Regulamento n.º 1/2003).

Esta repartição funcional não veda à Comissão a sua competência para investigar e sancionar práticas restritivas da concorrência europeia. Embora as suas decisões neste domínio estejam sujeitas a um controlo de plena jurisdição por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁵⁸, a mesma relação institucional já não se verificará com os órgãos jurisdicionais nacionais (art. 15.º do TFUE)⁵⁹. Entre estes e a Comissão, verificamos uma relação à base de deveres mútuos, cabendo à Comissão um dever de cooperação leal (conforme o TJ consolidou no Acórdão *Zwartfeld*⁶⁰, e o espírito do n.º 1 do art. 15.º do

⁵³ Em que a autoridade se concentrava na Comissão, limitando as autoridades nacionais a um papel subsidiário de cooperação. Sobre aquela recaída um poder de exigir informações e de proceder às averiguações necessárias para detetar as práticas proibidas pelos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (PAIS ANTUNES, L. M., 1995, *ibid*, pág. 11 e segs). Também nas palavras de GORJÃO-HENRIQUES (2019) “tinha poderes de polícia, de procurador e até de juiz” (pág. 624).

⁵⁴ No exercício daquele dever de aplicação cumulativa do ordenamento nacional e europeu em matéria de direito da concorrência, MACHADO, J. (2014, pág. 421 e segs.) nota que as ANC são alvo de um desdobramento funcional comum, em que algumas das suas funções são disciplinadas pelo direito nacional, enquanto outras terão uma relevância europeia.

⁵⁵ Ao abrigo de um princípio geral da subsidiariedade. Cfr. WRIGHT, K. (2009), *The ‘Judicial,’ the ‘Administrative’ and consistent application after the decentralization of EC Antitrust Enforcement*, European Union Studies Association Eleventh Biennial International Conference.

⁵⁶ E.g., as ANC passaram a poder atribuir exceções ao abrigo do n.º 3 do art. 101.º TFUE.

⁵⁷ Volvidos cerca de 19 anos desde a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a doutrina continua a apontar diversas lacunas e imperfeições nos seus mecanismos especializados em assegurar a coerência das decisões, nomeadamente associadas ao art. 3.º, n.º 2, e 11.º, n.ºs 4 e 6, do Regulamento. Sobre estes, *vide* KJOLBYE, L. (2020). *Consistent Application of EU Competition Law, The Case for Revisiting the Consistency Tool Box in Regulation 1/2003*, Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 11, No. 8, pág. 456 e segs..

⁵⁸ Para um sucinto enquadramento das funções do TJUE na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 420-421.

⁵⁹ Os tribunais nacionais, confrontados com a impossibilidade de integrar uma rede administrativa, cooperam através da *Association of European Competition Law Judges* (AECLJ). Cfr. MOURA E SILVA (2020), *ibid*.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal de justiça de 6.12.1990, proc. C-2/88, *Zwartfeld et al.* «10. (...) as instituições comunitárias estão sujeitas a uma obrigação de cooperação leal com as autoridades judiciais dos Estados-membros (...)».

Regulamento confirmou⁶¹). Por outro lado, incumbe aos tribunais nacionais uma coleção mais aprofundada e abrangente de deveres (além daquele dever comum e instrumental de cooperação⁶²), ao abrigo de um dever geral de garantir a uniformidade na aplicação do direito da concorrência da União. Como exemplo, temos o dever de tomar em consideração as decisões tomadas pela Comissão, que obriga as ANC a evitar pronunciar-se contrariamente à Comissão⁶³ (por força de um sério receio suscitado no Acórdão *Delimitis*⁶⁴) e, mais do que isso, “evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado” (art. 16.º, nº 1, do Regulamento n.º 1/2003), sem prejuízo de uma eventual moção de censura sobre as atividades da Comissão (art. 234.º do TFUE).

Em 2002, nasceu uma Rede de autoridades da concorrência⁶⁵, sujeitas a obedecer aos princípios da cooperação leal, da proporcionalidade e, conforme sublinhado previamente, da

⁶¹ «[O]s tribunais dos Estados-Membros podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações (...) ou que dê parecer» (Regulamento (CE) n.º 1/2003, artigo 15.º, nº 1). Esta faculdade de solicitar um parecer – distinta do mecanismo do reenvio prejudicial - resultaria num total de 26 pareceres emitidos entre 2004 e 2013 (*Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, “Dez anos de aplicação da legislação antitruste ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003: Progressos alcançados e perspectivas”*, Bruxelas, 9.7.2014, COM(2014) 453 final, Número 22).

⁶² Nesta vertente, respeitante p.e. a um dever de remeter uma cópia das sentenças (a ser divulgadas na página da DG COMP). Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 351 e segs.

⁶³ No mesmo sentido que ficou afirmado no Acórdão *Masterfoods* (Acórdão TJ de 14 de Dezembro de 2000, proc. C-344/98, *Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream Ltd*), onde o Tribunal assentou que “quando os órgãos jurisdicionais nacionais se pronunciam sobre acordos ou práticas que já sejam objecto de uma decisão da Comissão, não podem tomar decisões contrárias à decisão da Comissão, mesmo que esta última esteja em contradição com a decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional de primeira instância” (nº 52). Confirmando esta orientação, veio ainda o Acórdão TJ (Quarta Secção) de 11 de Junho de 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst v. X BV*, proc. C-429/07 («A fim de garantir uma aplicação coerente das regras de concorrência nos Estados-Membros (...))»).

⁶⁴ Acórdão TJ de 28 de Fevereiro de 1991, proc. C-234/89, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG*. «47. (...) Account should here be taken of the risk of national courts taking decisions which conflict with those taken or envisaged by the Commission in the implementation of Articles 85(1) and 86, and also of Article 85(3). Such conflicting decisions would be contrary to the general principle of legal certainty (...)».

⁶⁵ Regulamento (CE) n.º 1/2003. Considerando 15. «A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão instituir juntamente uma rede de autoridades públicas responsáveis por aplicar as regras comunitárias de concorrência em estreita cooperação (...))».

subsidiariedade⁶⁶. Nasce a *European Competition Network* (ECN)⁶⁷, onde a ideia-chave de descentralização implica uma renovada exigência de cooperação e articulação entre as diversas autoridades da União⁶⁸. Face a esta nova premência do sistema de aplicação cumulativa dos princípios europeus e nacionais de defesa da concorrência, o legislador da União supriu essa necessidade, através do estabelecimento de mecanismos concretos de cooperação com as autoridades administrativas e judiciais do espaço europeu (arts. 11.º a 15.º do Regulamento n.º 1/2003). Conforme desenvolve MOURA E SILVA (2020), esta Rede tem o seu funcionamento organizado em respeito dos princípios da coerência⁶⁹, da eficiência⁷⁰ e da cooperação⁷¹. Cabe, em especial, destacar o princípio estruturante da

⁶⁶ O termo ‘*Network*’ parece reforçar a exigência comunitária de uma atuação coerente e acordada, dada a sensibilidade de um tema tão sensível para a economia como a política comunitária da concorrência. Cfr. MACHADO, J. (2014). *Direito da União Europeia*. 2ª ed., Coimbra Editora, pág. 419 e segs. A nota de subsidiariedade também aparenta conhecer concretização no número 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003, onde se dispõe que “[o] início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão (...) priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos (...)”. O mesmo espírito se identifica no n.º 2 do art. 16.º do Regulamento, que proíbe as ANC de tomar decisões contrárias às deliberações da Comissão, em matérias que já tenham sido alvo de apreciação.

⁶⁷ Esta, que desempenha o seu papel com base no Regulamento (CE) n.º 1/2003, num acordo constitutivo e na *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C/101/03)*, não deve ser confundida com uma outra Rede, de *European Competition Authorities* (ECA), um fórum de cooperação que abrange também o Espaço Económico Europeu e a Autoridade de Supervisão da EFTA. Vide MOURA E SILVA (2020), pág. 345.

⁶⁸ Neste sentido e.g. GORJÃO-HENRIQUES (2019), pág. 632).

⁶⁹ Embora já tenha havido menção a este propósito, reforça o Autor (pág. 345-346) que esta é a principal *ratio* por detrás da ECN, num sistema de aplicação descentralizada, com especial ênfase para uma dimensão institucional. Esta (necessária) coerência é garantida tanto pelo desempenho de um papel coordenador pela Comissão (exercido pela ‘*guardiã dos Tratados*’ com base no art. 11.º e no art. 16.º, n.º 2 do Regulamento), como pelo Comité Consultivo. Este último, no papel de espaço de diálogo e cooperação, assume um carácter fundamentalmente técnico, composto por representantes das ANC (*in casu*) ou por outras autoridades naquelas questões, nomeadas pelos Estados-Membros. O seu principal papel centra-se na emissão obrigatória de um parecer prévio à adoção de uma decisão pela Comissão - devendo aquela demonstrar a forma como o tomou em conta (art. 14.º, n.º 5) – e na faculdade de emitir uma recomendação vinculativa para que aquele mesmo parecer seja publicado (n.º 6 do mesmo preceito). Esta coerência não deve ser encarada tão somente entre as ANC e a Comissão, mas também entre as ANC entre si, conforme ficou assente no número 20 de um *Joint Statement of the Council and the Commission on the functioning of the Network of Competition Authorities* (consultado em maio de 2023), onde a Comissão e o Conselho dispuseram que “*when the same case (same market, same parties, same conduct/agreement) is being dealt with by more than one NCA well placed to do so, one National competition authority will take a formal decision, whilst others stay their proceedings or, if this is not possible, the NCAs will deal with the case in close co-operation*”.

⁷⁰ Ao permitir uma repartição de tarefas mais eficiente, concretizada mediante uma gestão processual dirigida à maximização dos recursos e de um regime de afetação de casos mais eficaz (pág. 347-348), conforme concretizado no Considerando 18 do Regulamento 1/2003 e em diversa jurisprudência do Tribunal de Justiça (com destaque para o Ac. do proc. C-17/10, *Toshiba Corporation e outros v. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*). Relativamente às regras de afetação de casos, vide MOURA E SILVA (2020), pág. 347-349.

⁷¹ Essencial nas relações estabelecidas entre as ANC entre si, assim como entre as ANC e a Comissão. Neste domínio, merece especial atenção o instituto de troca de informações previsto no artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003 (cuja leitura deve ser articulada com os números 26 a 28 da já mencionada *Comunicação da*

salvaguarda dos direitos de defesa, p.e. com atenção às proibições de prova em informações trocadas ao abrigo do artigo 12.º do Regulamento. Relativamente à utilização das informações trocadas como elementos probatórios em regimes nacionais que prevejam a imposição de sanções, e com vista à tutela de garantias processuais no ordenamento em que aquelas são recolhidas, o legislador da UE permite a sua utilização com essa finalidade, desde que as sanções aplicáveis entre as diferentes autoridades não acusem uma nota flagrante de discrepância (art. 12.º, nº 3, do Regulamento n.º 1/2003)⁷².

Nos dias que correm, a ECN desenrola-se em constante mutação, em torno de um objetivo nuclear de cooperação entre a Comissão Europeia e as ANC. Este objetivo central, ligado aqueloutro de assegurar a aplicação consistente e efetiva das regras da concorrência, concretiza-se através da troca bilateral de informações relativas a novos casos e decisões previstas, da coordenação (e mútua assistência) de investigações e alocação de casos, e da constante discussão de questões de interesse comum geral, associadas às opções da política comunitária da concorrência⁷³. Em confirmação do que se acaba de afirmar, em 2019 foi adotada a conhecida Diretiva ECN+⁷⁴, com o propósito de reforçar a aplicação pública do direito da concorrência pelas ANC, bem como e as disposições sobre a sua aplicação privada de 2014⁷⁵.

Comissão 2004/C 101/03, relativos ao “Intercâmbio e utilização de informações confidenciais (artigo 12.º do Regulamento do Conselho)”. Considerando o número 26 da *Comunicação da Comissão de 2004*, e uma vez que o poder-dever de trocar informações “é uma condição prévia para uma atribuição e um tratamento eficaz dos processos”, pode-se inferir a capitalização de um princípio da livre comunicabilidade de informações (as quais, nos termos do art. 12.º, nº 1, poderão ser confidenciais e usadas como meio de prova, dentro dos limites do nº 2 do preceito). Cfr. MOURA E SILVA, *Ibid*.

⁷² Se as sanções não forem semelhantes, apenas se admite o uso daquelas informações se tiverem sido recolhidas (pela ‘*autoridade transmissora*’) em termos semelhantes, de salvaguarda de direitos de defesa, aos que teriam lugar na ‘*autoridade recetora*’. Seguindo o preceituado no nº 3 do art. 12.º, aquelas informações não poderiam ser utilizadas caso implicassem a imposição de penas privativas da liberdade.

⁷³ Cfr. Portal da Comissão Europeia (‘*European Competition Network*’, *Background*), consultado em fevereiro de 2023 (hiperligação disponível [aqui](#)).

⁷⁴ 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 (JO, L 11, de 14.1.2019, pág. 3-33).

⁷⁵ Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (JO, L 349, de 5.12.2014).

Com vista à prossecução da sua missão principal⁷⁶ e da harmonização da aplicação do direito europeu da concorrência⁷⁷, a Diretiva demonstrou um esforço claro em assegurar que as ANC “dispõem das garantias de independência, dos meios e das competências de execução e de aplicação de coimas necessários à aplicação eficaz (...) de modo a que a concorrência no mercado interno não seja falseada e a que os consumidores e as empresas não sejam prejudicados”, na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (art. 1.º, nº 1)⁷⁸. No ordenamento português, as alterações manifestaram-se principalmente na esfera da AdC⁷⁹, a quem foi confiada a redação da proposta de transposição da Diretiva⁸⁰. De especial relevo para o tema que nos move presentemente, além das disposições relativas a direitos fundamentais (arts. 3.º, 29.º e 31.º da Diretiva⁸¹) será a necessária autorização prévia do juiz de instrução para realizar buscas domiciliárias e a outras instalações (art. 7.º, nºs 1 e 2, e art. 6.º, nº 3)⁸².

⁷⁶ Concretizada através daquela dupla-finalidade de atribuir às ANC a competência para aplicar mais eficazmente as normas jusconcorrenciais da União e, consequentemente, de garantir o bom funcionamento do mercado interno.

⁷⁷ Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2018. Considerando 3. «[C]aso o direito nacional da concorrência e o direito da União sejam aplicados em paralelo, será essencial que as ANC tenham as mesmas garantias de independência, meios e a competência necessária em matéria de execução e aplicação de coimas, por forma a garantir que o resultado obtido não seja diferente».

⁷⁸ Relativamente aos motivos que levaram à adoção da Diretiva ECN+, vide GORJÃO-HENRIQUES, M., SAAVEDRA, A. (2020). *Directiva ECN+ e a Nova Era do Direito da Concorrência: Desafios e limites*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 80, Jan./Jun.2020, Lisboa, pág. 219 e segs.

⁷⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre a Diretiva ECN+ e as suas maiores repercussões no plano da aplicação do direito europeu da concorrência em Portugal, vide MELÍCIAS, M.J. (2021), *Towards 170 Years of Competition Policy in Portugal: Past and Future Perspectives in Light of the Implementation of the ECN+ Directive*. In “Building the European Union: The Jurist’s View of the Union’s Evolution” (ed. Koen Lenaerts, Nuno Piçarra et al.), Oxford: Hart Publishing, 169-184, Bloomsbury Collections. Também SOUSA FERRO, M.; CALMEIRO, A.R. (2021), *Implementation of the ECN+ Directive in Portugal: Small but Significant Non-Guaranteed Improvements*. European Competition and Regulatory Law Review, Vol. 5, Is. 3, pp. 305-309. Finalmente, POTOČNIK-MANZOURI, C. (2021). *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*. European Papers, Vol. 6, No 2, pp. 987-1013.

⁸⁰ Consulta pública sobre proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva “ECN+”, de 25 de outubro de 2019. Visitável em <https://www.concorrenca.pt/pt/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-proposta-de-anteprojecto-de-transposicao-da-diretiva-ecn>.

⁸¹ Que merecerão tratamento autónomo em seu tempo e devida sistematização.

⁸² Matérias bastante sensíveis no plano jus-concorrencial, que devem ser abordadas em respeito dos princípios do Estado de Direito democrático (v.g. art. 8.º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa), com vista a evitar eventuais prejuízos no campo dos direitos fundamentais (nomeadamente da inviolabilidade do domicílio, da privacidade e da identidade visual).

0.2. Bases normativas aplicáveis no ordenamento jurídico nacional

Contrariamente à natureza administrativa que o processo sancionatório da concorrência assume no ordenamento jurídico da União Europeia⁸³, o legislador português optou por considerar as infrações às regras da concorrência como contraordenações (como dispõe o art. 67.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

O processo de *public enforcement*⁸⁴ que visa sancionar os atentados à concorrência tem a sua disciplina na Secção II do Capítulo II do Regime Jurídico da Concorrência (RJC)⁸⁵. Inspirado na anterior Lei da Concorrência (LdC)⁸⁶ e no Direito da União Europeia⁸⁷, o RJC prevê um leque de práticas restritivas da concorrência, nos seus artigos 9.º (‘Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas’), 11.º (‘Abuso de posição dominante’) e 12.º (‘Abuso de dependência económica’). Seguindo as orientações preceituadas no art. 13.º do RJC⁸⁸, perante estas práticas restritivas, aplica-se um processo sancionatório especial, autónomo em relação ao processo contraordenacional e ao processo

⁸³ Embora uma abordagem contraordenacional e jurisdicionalizada não exclua *a priori* a intervenção de disposições e tratamentos processuais oriundos do direito administrativo. A propósito da sua interligação e de alguns exemplos, vide ROQUE, M. P. (2013), *O direito sancionatório público enquanto bisbetiz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional*. Revista de Concorrência e Regulação, Vol. 4, No. 14, pp. 105-173. Também WRIGHT, K. (2009), cit. supra.

⁸⁴ Sobre a caracterização do *private enforcement* e do *public enforcement* em Portugal, vide SÉRVULO CORREIA, J. M. (2008), *Efectividade e Limitações do Sistema Português de Aplicação Impositiva do Direito da Concorrência através de Meios Processuais Administrativos e Civis*, in “Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão”, Vol. II (Org. A. Menezes Cordeiro, P. Pais de Vasconcelos e P. Costa e Silva), pág. 1747 e segs..

⁸⁵ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁸⁶ Artigos 4.º (Práticas proibidas), 6.º (Abuso de posição dominante) e 7.º (Abuso de dependência económica) da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. Embora esta LdC já previsse um processo especial de sancionamento das práticas restritivas

⁸⁷ Artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

⁸⁸ Artigo 13.º, n.ºs 1 e 2.

penal⁸⁹. Em cumprimento de um desafio, imposto por compromissos internacionais⁹⁰, o legislador prosseguiu com um conjunto de alterações estruturais à LdC, passando pelo alargamento do tratamento processual especial às operações de concentração, e pela intensificação notável da autonomia destes processos sancionatórios especiais (tanto por uma maior especialidade qualitativa, quanto pelo desenvolvimento da regulamentação desses processos)⁹¹. Importa aqui sublinhar que estas alterações não se devem apenas aos compromissos internacionais com a Troika, mas também, em boa medida, aos fracassos processuais verificados na vigência da anterior lei⁹².

Embora a anterior LdC previsse, já, um processo especial dirigido às práticas restritivas da concorrência, o atual Regime Jurídico da Concorrência veio desenhar uma barreira nítida entre o processo sancionatório respetivo às práticas restritivas (arts. 13.º a 35.º-E do diploma) e o procedimento sancionatório relativo a operações de concentração (arts. 58.º e 59.º⁹³), as duas principais áreas de atuação da Autoridade da Concorrência⁹⁴ (AdC).

⁸⁹ Esta especificidade e autonomia, reforçam os Autores, seguem o espírito dos objetivos formulados em ambas as versões do *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* (MoU), entre o Estado Português, o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Central Europeu (BCE) e a Comissão Europeia. Na sua primeira versão (MEFP), o Governo comprometia-se a submeter ao Parlamento uma lei que revesse a lei da concorrência, traçando nitidamente a fronteira com as regras processuais relativas ao *enforcement* do direito da concorrência. Já na sua segunda versão, e com vista a acelerar e efetivar a aplicação das regras da concorrência, ficou assente que a revisão daquela legislação seria presidida por intenções de “*simplify the law, separating clearly the rules on competition enforcement procedures from the rules on penal procedures with a view to ensure effective enforcement of competition law; rationalize the conditions that determine the opening of investigations, allowing the competition authority to make and assessment of the relevance of the claims; establish the necessary procedures for a greater alignment between Portuguese law on merger control and the EU Merger Regulation, namely with regard to the criteria to make compulsory the ex ante notification of a concentration operation; ensure more clarity and legal certainty in the application of Procedural Administrative Law in merger control; [and] evaluate the appeal process and adjust it where necessary to increase fairness and efficiency in terms of due process and timelines of proceedings*” (7.20). Cfr. MOUTINHO, J.L.; RENDAS, T.; GORJÃO-HENRIQUES, M. (2017). *Artigo 13.º. Normas aplicáveis*. In Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Coord. PORTO, M.; VILAÇA, J.L.; CUNHA, C.; GORJÃO-HENRIQUES, M. et al. 2ª Edição, Almedina, Coimbra. VitalBook file, pág. 276.

⁹⁰ V.g. o MoU e o MEFP (vide a nota supra).

⁹¹ Cfr. MOUTINHO, J.L.; RENDAS, T.; GORJÃO-HENRIQUES, M. (2017). *Ibid.*

⁹² Cfr. MOURA E SILVA, M. (2014), *As Práticas Restritivas da Concorrência Na Lei N.º 19/2012: Novos Desenvolvimentos*, Revista do Ministério Público, Vol. 35, n.º 137, pág. 3-4.

⁹³ Estas normas, que capitalizam o processo sancionatório das operações de concentração, remetem para disposições do regime de processo por práticas restritivas (art. 59.º, n.º 1) e para o regime geral do ilícito de mera ordenação social do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (art. 59.º, n.º 2). Este alargamento do regime processual da concorrências às operações de concentração, operado por via de remissão, prova o carácter inovador do RJC.

⁹⁴ Relativamente ao tratamento processual a que devem ser sujeitas as contraordenações que não constituam nem práticas restritivas da concorrência, nem a operações de concentração – às quais o legislador não dedicou resposta expressa – os Autores (por todos, GORJÃO-HENRIQUES DA CUNHA, RENDAS E MOUTINHO, no Comentário Conimbricense, citado supra, p.277) sugerem uma aplicação do Regime Geral das

No ordenamento jurídico português, a aplicação das normas de defesa da concorrência é atribuída principalmente à AdC, entidade nacional responsável pela matéria. No que concerne ao tratamento jurisdicional destas questões, verifica-se a atuação de um órgão especializado, denominado Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS)⁹⁵, que substituiu o antigo Tribunal de Comércio de Lisboa no que se refere aos processos de concorrência (embora não todos). Ademais, cabe salientar que as decisões proferidas pelo TCRS podem ser objeto de recurso junto ao tribunal da Relação competente, que decide em última instância, conforme determinado no art. 89.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), assegurando assim a garantia do duplo grau de jurisdição e a efetiva tutela jurisdicional dos direitos e interesses dos agentes económicos envolvidos. Em ações de pendor administrativo, as decisões emitidas pelo TCRS podem ser objeto de recurso junto ao tribunal da Relação competente, sendo as decisões deste passíveis de recurso, restrito a questões de direito, para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Caso o recurso das decisões do TCRS se refira unicamente a matérias de direito, o recuso só pode ser interposto diretamente ao STJ, de acordo com o artigo 93.º do Regime Jurídico da Concorrência.

Contraordenações, embora haja abertura para uma aplicação *uti singuli* de aspetos específicos do processo sancionatório da concorrência (v.g. as disposições generalistas em matéria de prazos e notificações, dos arts. 14.º e 16.º do RJC). Esta opção sistemática representa uma tentativa de cumprimento do compromisso assumido no MEFP, de separar nitidamente as normas de processo penal e de *competition enforcement*.

⁹⁵ Criado pelo art. 1.º da Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que aditou a al. g) ao art. 78.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro. Já com o Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março, o legislador procedeu a incluir o TCRS expressamente no Anexo VI da LOFTJ.

1. SOBRE OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA E OS SEUS LIMITES

“No âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência, é, em particular, no decurso da fase de investigação das práticas restritivas da concorrência que o conflito entre o exercício eficaz da atividade administrativa e a proteção dos direitos de defesa se coloca de forma mais premente. Não se trata (...) de um problema novo. Contudo, não se poderá igualmente dizer que estejamos perante uma questão ultrapassada.”

PAIS ANTUNES, L. (1995)⁹⁶

1.1. Dos poderes de investigação da Comissão Europeia e das Autoridades Nacionais da Concorrência

Para uma adequada compreensão e análise dos poderes conferidos pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 à Comissão Europeia e às autoridades nacionais, sugere-se uma perspetivação com raiz naquela fronteira entre o *public enforcement* dos princípios de concorrência e os princípios gerais de direito da União que desenham esses limites⁹⁷. Começamos, então, por compreender brevemente aqueles poderes, para que nos possamos posicionar imparcialmente entre a prossecução efetiva (e eficiente) dos interesses europeus e o respeito pelos direitos fundamentais dos visados naqueles processos.

⁹⁶ *Op. cit.*, pág. 101.

⁹⁷ Assim p.e. os princípios que devem edificar uma *Rule of Law* moderna, associados ao respeito pelos direitos de defesa, pela proporcionalidade e tratamento equitativo, da certeza legal e da tutela de legítimos interesses. Cfr. WHISH, R., BAILEY, D. (2021). *Competition Law*. 10ª Ed., Oxford University Press, pág. 259.

Apenas através de um olhar do processo sancionatório da concorrência neutro e crítico, poderemos inspecionar a sensível matéria que é o respeito pelas garantias fundamentais num quadro institucional de defesa da concorrência que concentra na Comissão Europeia as funções de investigação, de instrução, de decisão processual e de aplicação de sanções correspondentes⁹⁸. Esta nota poderia, aliás, suscitar dúvidas⁹⁹ em relação à conformidade desta estrutura com o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o direito fundamental a um processo equitativo (decorrente daquela disposição), e que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) fez questão de esclarecer, através do Acórdão *Menarini*¹⁰⁰ (como analisaremos em seu devido tempo).

1.1.1. Enquadramento normativo-procedimental dos poderes de inquérito da Comissão

O legislador aproveitou a deixa do artigo 17.º do Tratado da União Europeia (TUE) para definir os poderes de investigação da “*guardiã dos Tratados*” no Capítulo V do Regulamento n.º 1/2003. No contexto da sua atuação em matéria de concorrência, a Comissão Europeia dispõe de diversas vias para principiar uma investigação, incluindo denúncias, atuações *ex officio* e solicitações de clemência, bem como a utilização de instrumentos de comunicação para “*whistle-blowers*”. Neste sentido, o processo sancionatório pode partir de uma denúncia (apresentada por uma empresa, um particular ou coletividade que invoque um interesse legítimo ou por qualquer Estado-Membro)¹⁰¹ ou por iniciativa da Comissão, oficiosamente (art. 7.º do Regulamento). Compete à Comissão Europeia dar prioridade, na sua ação, aos interesses superiores da União, não sendo obrigada

⁹⁸ Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 323 e segs.

⁹⁹ Não só a respeito do art. 6.º da CEDH, mas também, como demonstra VAN BAEL *apud* MOURA E SILVA (2020, pág. 323 e segs.) o impedimento de a empresa expor a sua defesa à instância decisória final, em virtude de o processo administrativo correr perante a DG COMP, não obstante a decisão recair sobre o colégio de comissários.

¹⁰⁰ Cour Européenne des Droits de l’Homme (Deuxième Section), *Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Requête n° 43509/08, 27.9.2011.

¹⁰¹ *Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE*, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2011/C 308/06. Número 9.

a instaurar um processo de investigação no seguimento de toda e qualquer denúncia¹⁰², podendo hierarquizar as diferentes denúncias recebidas¹⁰³. Contudo, a partir do momento em que a Comissão recebe aquela denúncia, deve agir consoante as exceções e condições impostas pelo seu dever de vigilância inerente¹⁰⁴ e em conformidade com estruturas normativas especializadas que regem este sistema de denúncias¹⁰⁵. O processo sancionatório pode, ainda, ser despoletado (além da via *ex officio* – ou por conclusões retiradas de um inquérito por setor – e das denúncias) por uma candidatura a clemência¹⁰⁶ ou pelos instrumentos de comunicação para “*whistle-blowers*”¹⁰⁷.

Através de uma leitura atenta do Regulamento n.º 1/2003, e das consequências procedimentais dele advenientes, conclui-se pela existência de um relativamente vasto leque de poderes da Comissão na fase de investigações¹⁰⁸ (conferido em sentido amplo pelo art. 337.º do TFUE). Enquanto os principais poderes se concentram nos artigos 18.º a 20.º do Regulamento, merece também atenção o artigo 17.º (que prevê os possíveis inquéritos por

¹⁰² O Tribunal Geral redefiniu a discricionariedade dos limites discricionários da Comissão para rejeitar uma denúncia com base em interesse insuficiente para a União a 15 de dezembro de 2010, no Acórdão *CEAHR v Commission*. Vide ORTIZ BLANCO, L., JORGENS, K. (2011), *Important Developments in the Field of EU Competition Procedure*, Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2, No. 6, pp. 560 e segs.

¹⁰³ Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 325 e segs.

¹⁰⁴ A propósito deste dever, vide BAEL, V. *apud* TELEKI, C. (2021), *Due Process and Fair Trial in EU Competition Law: The Impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Nijhoff Studies in European Union Law, Vol. 18, pp. 216 e segs. Nos termos de VAN BAEL, a recusa, por parte da Comissão, em dar seguimento a um processo de investigação com base numa denúncia não terá, por si só, força de *res judicata*, em virtude de as ANC e órgãos judiciais nacionais poderem, *a posteriori*, reavaliar o caso concreto.

¹⁰⁵ V.g. a *Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/5)* e o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 27.4.2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (L 123/18). Neste último instrumento, sobressalta o seu art. 2.º, onde está salvaguardada a possibilidade de rejeitar uma denúncia (no seu n.º 4, com remissão para o art. 7.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003) e previstas condições específicas (no seu n.º 1).

¹⁰⁶ Nos termos desenvolvidos pela *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, Jornal Oficial da União Europeia, C 298/17, de 8.12.2006. Vide também AUBERT, C. (2003). *The impact of leniency programs on cartels*, University of Bordeaux and Toulouse School of Economics. Ainda, cfr. VAZ FREIRE, P. (2014). *Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência*, Colóquio de Direito Luso-Brasileiro, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 12-16 maio.

¹⁰⁷ Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União.

¹⁰⁸ Uma lógica facilmente compreensível, especialmente quando aquelas investigações são reforçadas pelas ANC, numa constante troca de informações na ECN e no Espaço Europeu de Justiça, assim como pelo respeito pelo princípio da economia processual e da boa administração da justiça, vedando a possibilidade de instalação de um processo leviano e em que qualquer denúncia conduziria a um moroso processo de investigação e sanção. Assim p.e. os artigos 11.º e 17.º a 22.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

setores económicos e por tipos de acordos) e o artigo 22.º (em contacto com as investigações a ser realizadas pelas ANC, nomeadamente a requerimento da Comissão Europeia).

Durante a fase de investigação, as empresas visadas devem cooperar ativamente com a Comissão Europeia nas diligências de investigação¹⁰⁹, quer se trate de pedidos de informações, quer sejam inspeções¹¹⁰. O facto de a empresa não acreditar que a Comissão tenha motivos suficientes para proceder à diligência não lhe permite resistir às medidas¹¹¹. A sujeição pelas visadas será, em *ultima ratio*, garantido através da imposição de coimas e de sanções pecuniárias compulsórias¹¹².

a) *Inquéritos por setores económicos e tipos de acordos*

Dispõe o artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003¹¹³ que, partindo do pressuposto de que a concorrência poderá ser restringida ou distorcida (provocada pela “rigidez dos preços ou outras circunstâncias”¹¹⁴), afetando sensivelmente o comércio no cerne do mercado comum, a Comissão pode realizar um inquérito setorial (a um setor económico ou tipologia de acordos)¹¹⁵, podendo solicitar às empresas de interesse as informações necessárias, efetuar as inspeções idóneas ao efeito, pedir que aquelas empresas lhe comuniquem todos os acordos, decisões e práticas concertadas, e, finalmente, publicar um

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 9.11.1994, *Scottish Football Association v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-46/92. Para. 31.

¹¹⁰ Cfr. LAMADRID DE PABLO, A., KELLERBAUER, M. (2021), *Investigation of Cases (II): Formal Investigative Measures in General, Requests for Information, and Interviews*, in “EU Competition Procedure” (ed. Luis Ortiz Blanco), 4th Ed., Oxford University Press. Pág. 375 e segs.

¹¹¹ Aliás, mesmo que a empresa esteja apta a demonstrar que não existia nenhuma suspeita razoável por parte da Comissão, continuaria a ter de obedecer às suas instruções, uma vez que uma ação de anulação não produz efeito suspensivo (art. 278.º, TFUE). Em teoria, a única forma de resistência imediata seria solicitar ao Tribunal a imposição de medidas provisórias, o que não se revela realista na prática (não só pelo sucesso do seu pedido ser improvável, como por esse pedido não poder ser realizado atempadamente de modo a ‘escapar’ à intervenção da Comissão). Cfr. LAMADRID DE PABLO, A., KELLERBAUER, M. (2021), *ibid*, pág. 379.

¹¹² Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 326 e segs.

¹¹³ Que sucedeu ao art. 12.º do Regulamento n.º 17.

¹¹⁴ Número 1. Note-se o largo poder discricionário conferido à Comissão através da expressão “*outras circunstâncias*”.

¹¹⁵ Para uma visão pragmática e concreta do funcionamento destes inquéritos por setor, *vide* o *Antitrust Manual of Procedures* da Direção-Geral da Concorrência (2019, disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d7d7e463-ac51-11ea-bb7a-01aa75ed71a1>), pág. 78 e segs. do documento.

relatório sobre os resultados obtidos (n.º 1)¹¹⁶. Através desta importante ferramenta de inquérito, atribui-se à Comissão uma margem de manobra ampla¹¹⁷, permitindo uma análise alargada da conformidade das práticas comerciais no mercado comum com a política comunitária da concorrência e, simultaneamente, acompanhar o grau de desenvolvimento da concorrência (inclusive a sua diminuição ou, *maxime*, ausência)¹¹⁸.

Por força do número 2 do preceito, serão ainda aplicáveis (“*mutatis mutandis*”) diversas normas, nomeadamente aquelas relativas a coimas e sanções pecuniárias compulsórias (arts. 23.º e 24.º do Regulamento n.º 1/2003), podendo ser utilizadas sanções para assegurar o cumprimento das diligências de instrução (não obstante a sua inaplicabilidade por infração aos arts. 101.º e 102.º do Tratado, por não se tratar de qualquer processo concreto¹¹⁹). Outras normas deste *corpus* normativo (para que o n.º 2 faz remissão) dizem respeito aos poderes de inspeção da Comissão (*e.g.* os arts. 18.º a 20.º). A aprovação da realização de um inquérito setorial pode ser contestada perante o TJUE¹²⁰.

b) Pedidos de Informações nos Processos sob os arts. 101.º e 102.º TFUE: Procedimentos e Implicações Legais

Seguindo-se os pedidos de informações (art. 18.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003), é reservada à Comissão¹²¹ a faculdade de pedir, às empresas e associações de empresas, todas as informações necessárias e relevantes à prossecução das suas funções, seja por via de um pedido simples ou por decisão (n.º 1). Através da primeira modalidade (pedido simples, nos termos do n.º 2), as empresas não são obrigadas a responder, mas poderão estar sujeitas ao

¹¹⁶ Parece, portanto, que a única condição prévia para abrir o inquérito se prenderá com a presença de razões que levem àquele receio ou presunção.

¹¹⁷ Cfr. PAIS ANTUNES, L. M. (1995), pág. 29 e segs.

¹¹⁸ Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 320 e segs.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Cfr. TELEKI, C. (2021), *Due Process and Fair Trial in EU Competition Law: The Impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Nijhoff Studies in European Union Law, Vol. 18, pág. 243-245.

¹²¹ Sobre alguns aspetos práticos e procedimentais, envolvidos (*v.g.* os destinatários destes pedidos que se situem fora da área económica europeia, a linguagem, e o papel da Direção-Geral da Concorrência), *vide* o *Antitrust Manual of Procedures* da Direção-Geral da Concorrência (2019, disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d7d7e463-ac51-11ea-bb7a-01aa75ed71a1>), pág. 63 e segs. do documento.

sancionamento previsto no art. 23.º do Regulamento¹²² (no pedido, a Comissão deve fazer menção àquelas sanções, segundo o n.º 3 do art. 18.º). Ao fazer o pedido de informações, deve ser feita referência à sua base legal e propósito, assim como apontadas as informações a ser fornecidas e o tempo-limite para que sejam providenciadas (art. 18.º, n.º 2)¹²³. Adicionalmente aos requisitos mencionados, na modalidade de pedido por decisão, acresce ainda a necessidade de indicar a “possibilidade de impugnação da decisão” perante o TJUE (n.º 3) e fica patente a possibilidade de recurso (que deve ser informada à empresa visada) a ser interposto em sede de Tribunal Geral¹²⁴. Nesta última modalidade já poderão as empresas e associações de empresas estar sujeitas às sanções pecuniárias compulsórias do art. 24.º do mesmo Regulamento (além das coimas do art. 23.º). Independentemente da opção pelo pedido de informações (se por decisão ou simples pedido), deve uma cópia ser remetida para a ANC responsável no território em que se situe a sede da entidade sob investigação, assim como as autoridades do Estado-Membro cujo território seja afetado (n.º 5)¹²⁵. No âmbito deste procedimento, a Comissão convida os destinatários do pedido a indicar, na sua resposta, que elementos possam conter segredos de negócio ou outras informações de natureza confidencial¹²⁶.

Em 1980, na apreciação do caso *National Panasonic v Commission*¹²⁷, o Tribunal de Justiça adotou a visão destas alternativas de pedido de informações como um processo bipartido em duas fases distintas e sucessivas¹²⁸: a primeira relativa ao simples pedido de informações, e a segunda (perante o insucesso da primeira) sob a forma de uma decisão de

¹²² Vide WHISH, R., BAILEY, R. (2021). *Competition Law*. 10th Ed., Oxford University Press, pág. 282.

¹²³ Vide PABLO, A.L., KELLERBAUER, M. (2021), *Investigation of Cases (II) – Formal Investigative Measures in General, Requests for Information, and Interviews*, in “EU Competition Procedure”, Ed. Ortiz Blanco, 4th Ed., Oxford University Press, pág. 389.

¹²⁴ Cfr. WHISH, R., BAILEY, D. (2021), pág. 282.

¹²⁵ Da mesma forma, e no espírito de cooperação da ECN e do Regulamento (CE) n.º 1/2003, os Governos dos Estados-Membros e ANC devem prestar todas as informações necessárias ao cumprimento das funções que a União Europeia confere à Comissão nesta matéria (art. 18.º, n.º 6). Não passará de um mero corolário do princípio geral concretizado no art. 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia. Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 328.

¹²⁶ Cfr. TELEKI, C. (2021), pág. 245.

¹²⁷ Acórdão do Tribunal de 26.6.1980, *National Panasonic (UK) Limited v Commission of the European Communities*, proc. 136/79, 10. Esta decisão do Tribunal de Justiça suscitou questões cruciais no que diz respeito à compatibilidade entre os poderes de inspeção da Comissão e os direitos fundamentais das empresas, e será analisada em sua devida altura, na presente sistematização.

¹²⁸ Em confirmação do acentuado por PAIS ANTUNES (1995), pág. 20 e segs. Na esteira das palavras do Tribunal de Justiça, «*the article in question in fact stipulates, for the exercise of that power, a two-stage procedure, the second stage of which, involving the adoption by the Commission of a decision which specifies what information is required, may only be initiated if the first stage, in which a request for information is sent to the undertakings or associations of undertakings, has been carried out without success*».

pedido de informações. Contudo, e devido à reformulação dada pelo Regulamento de 2003, a sua letra já não sugere um mecanismo de continuidade, mas antes soluções alternativas¹²⁹, bifurcadas em dois procedimentos díspares. É de salientar também que a obrigatoriedade de providenciar as informações solicitadas recai sob a responsabilidade da empresa, incorporada na pessoa dos seus proprietários, representantes ou pessoas encarregadas da sua representação (art. 18.º, n.º 4 do Regulamento n.º 1/2003)¹³⁰. Por sua vez, o advogado – necessária e devidamente mandatado - poderá fornecer as informações requeridas, em representação dos seus clientes, recaindo sob estes a plena responsabilidade por informações eventualmente incorretas, inexatas ou deturpadas (*in fine*).

Para uma correta aceção de ‘informações’, PAIS ANTUNES (1995)¹³¹ registou que a noção deve ser alvo de uma leitura em *lato sensu*, compreendendo tanto as questões concretas que correspondam a uma infração-objeto do inquérito, como os documentos potencialmente conectados com aquela investigação¹³². Fica a nota de que a noção de “informações necessárias” (art. 18.º, n.º 1), não obstante a discricionariedade que arrasta para a asa da Comissão, acarreta uma necessária mobilização do princípio da proporcionalidade¹³³. Sob a aparente evidência de que não há limite de informações ou dados económicos a ser solicitados às empresas visadas, e a adicional confirmação de que a Comissão desfruta da vantagem processual de não estar vinculada a informar as empresas investigadas dos elementos probatórios em sua posse¹³⁴, confirmamos uma posição (justificadamente¹³⁵) desequilibrada entre Comissão e as empresas *sub judice*. Devemos

¹²⁹ “[M]ediante simples pedido ou decisão”.

¹³⁰ E, acrescentou o legislador no mesmo preceito, “no caso de pessoas coletivas, de sociedades ou de associações sem personalidade jurídica, as pessoas encarregadas de as representar”, nos termos legais ou estatutários (art. 18.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

¹³¹ Páginas 16 e segs. *ibid*.

¹³² *Vide* Commission Decision of 17 November 1981 relating to a proceeding under Article 15 of Council Regulation No. 17 (IV/30.211 – *Comptoir commercial d’importation*), Official Journal of the European Communities No L 27, 4.2.82 (82/53/EEC). «*In order to assess the position in the light of Articles 85 and 86 of the Treaty, I shall be grateful if you will supply the following information: 1. A copy of the document or documents which define the nature of your relations (...)*». Ainda, no mesmo sentido, o Acórdão do TJ, *Orkem v Commission* (proc. 374/87, 18.10.1989). Cfr. EZRACHI, A. (2018), pág. 645.

¹³³ Cfr. PABLO, A.L., KELLERBAUER, M. (2021), op. cit., pág. 392.

¹³⁴ Cfr. TOMTSIS, A. (2014), *Cemex et al. v Commission : the General Court confirms the Commission’s Powers of Investigation When it Requires the Supply of Information, including Large Amounts of Economic Data, under Regulation 1/2003 (but a 2-week Deadline to Reply is Too Short)*, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 5, pág. 544 e segs.

¹³⁵ Conforme apresentado nos motivos expostos pelo Tribunal Geral no caso *Cemex et al. v Commission* (T-292/11), em serviço da efetividade da investigação, *vide ibid*.

referir o exemplo traçado no Acórdão *HeidelbergCement v Commission*¹³⁶, onde o Tribunal de Justiça anulou as decisões que ditavam os pedidos de informações com base nas justificações generalistas e vagas empregues pela Comissão (não obstante a desconsideração dos argumentos de desproporcionalidade dos pedidos)¹³⁷.

c) *Poderes da Comissão para Registrar Declarações: Implicações e Limitações Legais*

Em renovada prova do caráter inovador do Regulamento n.º 1/2003¹³⁸, o seu artigo 19.º veio consagrar os poderes da Comissão para ouvir qualquer pessoa (legal ou natural¹³⁹) que para tal consinta, com o propósito de recolher e registar informações relacionadas com o objeto de uma investigação (n.º 1). No início da audição, a Comissão deve indicar a sua fundamentação legal e finalidade, recordar o seu caráter voluntário e, registando as suas declarações, deve informar a pessoa ouvida de tal intenção (art. 3.º, n.º 1 do Regulamento n.º 773/2004¹⁴⁰). Esta audição pode ser realizada através de quaisquer meios (art. 3.º, n.º 2 do Regulamento n.º 773/2004), contudo, a pessoa deve ter acesso a uma cópia para que possa aprovar o registo (n.º 3 do mesmo preceito) e, tendo lugar nas instalações de uma empresa, a ANC responsável deverá ser notificada, nos termos do n.º 2 do art. 19.º do Regulamento n.º 1/2003. No exercício destes poderes, não há lugar à imposição de sanções por informações incorretas ou desvirtuadas¹⁴¹.

¹³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.3.2016, *HeidelbergCement AG v European Commission*, proc. C-247/14 P.

¹³⁷ Cfr. WHISH, R., BAILEY, D. (2021), pág. 282, e EZRACHI, A. (2018), pág. 569-570. O nível de (im)precisão na exposição de motivos do pedido fez com que a empresa sob investigação não pudesse compreender claramente a justificação e objetivo do inquérito e do seu dever de cooperação.

¹³⁸ Que veio dar resposta a uma lacuna no enquadramento funcional da Comissão na aplicação das normas europeias de defesa da concorrência, ao consagrar uma forma mais acessível e flexível de introduzir a prova nos processos de regulação. *Vide* PABLO, A.L., KELLERBAUER, M. (2021), pág. 412.

¹³⁹ Cfr. TELEKI (2021), pág. 245.

¹⁴⁰ No seguimento do Acórdão *Intel v. Commission* (que analisaremos adiante), ficou estabelecido que o preceito não leva ao entendimento de que o registo seja opcional, mas que a Comissão é obrigada a informar a pessoa visada das suas intenções de registar as suas declarações (Para. 89).

¹⁴¹ Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 333.

A circunscrição destes poderes foi delineada no Acórdão *Intel v Commission*¹⁴², onde o Tribunal interpretou o elemento literal do número 1 como destinado a qualquer audição conduzida para efeitos de recolha de informações relacionadas com o objeto de uma investigação¹⁴³, não manifestando qualquer intenção de distinguir ou excluir diferentes categorias de audições¹⁴⁴.

Tendo em consideração a voluntariedade envolvida no espírito do artigo 19.º, conclui-se a inaplicabilidade de sanções pela recusa em realizar a audição ou pela incorreção das declarações emitidas, o que faz com que a fiabilidade e coerência das informações deva ser interpretada cautelosamente pela Comissão antes da sua invocação nos procedimentos subsequentes¹⁴⁵.

d) *Poderes de Inspeção da Comissão: Alcance e Implicações no Âmbito do Regulamento n.º 1/2003*

O legislador dedicou os artigos 20.º e 21.º do Regulamento n.º 1/2003¹⁴⁶ aos poderes de inquérito mais relevantes na esfera da Comissão, assim como – por lhe permitirem realizar inspeções nas instalações das empresas sob investigação – os mais problemáticos em matéria de proteção dos direitos fundamentais¹⁴⁷. Estes poderes, que permitem a recolha e análise de provas *in loco*, encaixam no modelo funcional de investigação da Comissão como complemento necessário aos anteriores poderes, podendo mesmo ser aplicados conjuntamente¹⁴⁸.

¹⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6.9.2017, *Intel Corp. v European Commission*, proc. C-413/14 P.

¹⁴³ Para. 84. Cfr. EZRACHI, A. (2019), pág. 270-272.

¹⁴⁴ Para. 87. *Ibid.*

¹⁴⁵ Cfr. PABLO, A.L., KELLERBAUER, M. (2021), pág. 414, e o *Manual of Procedures* da Direção-Geral da Concorrência (2019, cit. supra), na pág. 95 do documento

¹⁴⁶ Este instrumento legislativo veio mesmo reforçar esses poderes, alargando o leque de premissas à disposição da Comissão nas suas inspeções. *Vide* TELEKI, C. (2021), pág. 246-247.

¹⁴⁷ Desde logo, por conduzirem às ‘problemáticas’ investigações-surpresa (ou ‘*dawn raids*’), cuja legalidade foi já confirmada pela jurisprudência comunitária, em favorecimento da conservação dos elementos probatórios. Cfr. MOURA E SILVA (2020), pág. 333, e WHISH, R.; BAILEY, D. (2021), pág. 70.

¹⁴⁸ Cfr. SAUER, R., BLANCO, L. O. (2021), *Investigation of Cases (III) – Inspections*, in “EU Competition Procedure”, Ed. Ortiz Blanco, 4th Ed., Oxford University Press, pág. 416.

Assim, dentro do teor daqueles preceitos e não extravasando aquela moldura legal, a Comissão Europeia - personificada nos seus funcionários e acompanhantes mandatados – é livre de (nº 2 do art. 20.º) aceder a quaisquer instalações, terrenos e meios de transporte (art. 20.º, nº 1, al. a), e art. 21.º, nº 1), analisar os registos da empresa, independentemente do seu suporte (al. b)), obter cópias ou extratos dos documentos sob o seu controlo (al. c)), apor selos nas instalações, livros e registos, no período e extensão requeridos à inspeção (al. d)) e solicitar explicações, sob registo, a qualquer representante ou funcionário da empresa, sobre factos e documentos enquadrados no objeto e escopo da inspeção (al. e)). A inspeção será voluntária (nº 3), se a empresa a tal se submeter de livre e espontânea vontade, ou obrigatória¹⁴⁹ (nº 4), se partir de uma decisão da Comissão¹⁵⁰.

Não há um limite quantitativo para os representantes autorizados a realizar a inspeção¹⁵¹, mas o exercício dos seus poderes está sujeito a um mandado escrito previamente (ou decisão de inspeção que o substitua), que estabeleça a matéria-alvo e os objetivos da inspeção, e faça referência expressa às sanções previstas no artigo 23.º, aplicáveis perante a incompletude dos livros e registos ou da incorreção nas respostas das partes (art. 20.º, nº 3)¹⁵². É ainda de acrescentar a estas considerações o dever de fundamentação da inspeção, em que a Comissão exponha os precedentes e elementos que possam ter conduzido a uma decisão de inspeção¹⁵³.

Em respeito da efetividade e cooperação na inspeção, a ANC responsável no território sob inspeção deve ser notificada em tempo útil (*in fine*), podendo ver-se obrigados a intervir, nomeadamente com o auxílio da força pública, quando uma empresa se oponha às inspeções (números 6 e 7 do art. 20.º). Já a decisão que ordene as inspeções deve conter o objeto, finalidade e data de início das inspeções, bem como a possibilidade de imposição das sanções supra mencionadas (art. 23.º) e a suscetibilidade de impugnação da decisão perante o

¹⁴⁹ O Acórdão do Tribunal Geral (Sexta Secção) de 27.9.2012, *Koninklijke Wegenbow Stevin BV v European Commission*, proc. T-357/06. “[A]s empresas são obrigadas a colaborar ativamente nas medidas de investigação durante a fase de investigação prévia (...). A este respeito, o direito de acesso a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas reveste especial importância, visto que deve permitir à Comissão recolher as provas das infrações às regras da concorrência nos locais em que elas normalmente se encontram” (para. 236-239).

¹⁵⁰ Cfr. WHISH, R.; BAILEY, D. (2021), pág. 285 e segs.

¹⁵¹ Cfr. TELEKI, C. (2021), pág. 246-247.

¹⁵² No Acórdão do TJ (Segunda Secção) de 29.6.2006, *Commission v SGL Carbon et al.*, o Tribunal recordou (Para. 40) a jurisprudência *Orkem* para consagrar um dever de assistência da empresa-alvo perante os funcionários da Comissão, não bastando que garanta o mero (ainda que completo) acesso às suas instalações e registos.

¹⁵³ *Vide*, p.e., KOZAK, M. (2020), *op. cit.*, pág. 6. O dever de fundamentação será abordado mais à frente, v.g. a propósito da ameaça à privacidade e à inviolabilidade do domicílio da empresa.

Tribunal de Justiça (nº 4 do art. 20.º), nomeadamente, se o Tribunal concluir pela inexistência de motivos suficientes para recluir uma potencial restrição da concorrência¹⁵⁴. Em virtude do momento processual em que a inspeção tem lugar, natural é que a Comissão (em que ainda está a formar a sua opinião e confirmar suspeitas) não esteja habilitada a circunscrever precisamente (e *a priori*) todo o objeto e (alegadas) infrações¹⁵⁵. Não obstante, da decisão, recorde-se, devem constar aquele objeto e escopo (a que se vincula a Comissão em objeto-limite de recolha de provas¹⁵⁶) da inspeção, para que as empresas visadas mantenham a consciência do âmbito do seu dever de cooperação na investigação¹⁵⁷.

Importa notar, em respeito à larga articulação na ECN e entre os diferentes ordenamentos, que a Comissão se vincula a consultar as ANC responsáveis nos territórios envolvidos (muito embora se possa limitar a uma informalidade)¹⁵⁸. Em contrapartida, devem os funcionários das ANC manter constantemente uma postura coerente e cooperativa, predispondo-se à intervenção descrita nos números 5 e 6 do artigo 20.º (permitindo às forças de segurança nacionais colmatar um dos maiores impedimentos associados à ação da Comissão, de recorrer ao uso da força para entrar em instalações¹⁵⁹). Neste seguimento, e sob a letra dos números 7 e 8 do artigo referido, a autoridade judicial envolvida no território sob investigação deverá garantir uma intervenção coercitiva legítima e proporcional, não intervindo no plano da necessidade da investigação¹⁶⁰. As ANC responsáveis no território sob investigação podem, também, realizar inspeções a pedido das ANC de outros Estados-Membros (art. 22.º, nº 1, do Regulamento nº 1/2003), a par das inspeções consideradas relevantes pela Comissão, nos termos dos números 1 e 4 do art. 20.^{o161}.

Em Portugal, o artigo 34.º, nº 2, da Constituição apenas admite a entrada no domicílio quando ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e metodologias previstos na lei. O RJC (art. 19.º) estabelece os pressupostos materiais da admissibilidade das buscas

¹⁵⁴ Cfr. WHISH, R.; BAILEY, D. (2021), pág. 285 e segs.

¹⁵⁵ Conforme compreendido pelo TJ no Ac. *Nexans* (cit. supra), Para. 36.

¹⁵⁶ Acórdão do TJ (Segunda Secção) de 18.6.2015, *Deutsche Bahn AG et al. v European Commission*, Proc. C-583/13 P, Para. 54 e segs.

¹⁵⁷ Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 25.6.2014, *Nexans SA et al. v. European Commission*, Proc. C-37/13 P. Para. 34.

¹⁵⁸ Cfr. WHISH, R.; BAILEY, D. (2021), *ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.10.2002, *Roquette Frères SA v Commission*, proc. C-94/00. Cfr. WHISH, R.; BAILEY, D. (2021), pág. 288.

¹⁶¹ Sobre esta questão, a *ECN Recommendation on Assistance in Inspections conducted under Article 22(1) of Regulation (EC) No 1/2003*, da European Competition Network.

domiciliárias, devendo verificar-se uma violação grave das regras da concorrência (do próprio RJC ou do TFUE), na presença de fundada suspeita de que existem provas da infração no local que se pretende inspecionar, e consoante a inexistência de meios idóneos menos onerosos para os direitos fundamentais da visada. O procedimento carece de autorização prévia do juiz de instrução (art. 19.º, nº 2 a 4), devendo o despacho ser proferido no prazo de 48 horas e identificar a possibilidade de impugnação judicial. Em respeito do RJC (art. 19.º, nº 4) e da CRP (art. 34.º, nº 3), a busca domiciliária está vedada. O legislador foi ainda mais exigente tratando-se de buscas em escritórios de advogados, consultórios médicos, ou escritórios de revisores oficiais de contas, que apenas poderão ser conduzidas na presença do juiz de instrução, normalmente acompanhado de um representante da respetiva ordem profissional (art. 19.º, nº 7).

i) As 'Dawn Raids' de Bruxelas: Conflito entre Eficiência Investigativa e Proteção dos Direitos Fundamentais dos Investigados

Por '*Dawn Raids*' entendem-se as inspeções-surpresa, conduzidas por oficiais da Comissão Europeia e/ou das ANC, às instalações das empresas, assim como ao domicílio dos funcionários da empresa¹⁶². A propósito das célebres '*dawn raids*'¹⁶³, é já assumida, nos precedentes europeus¹⁶⁴, a legitimidade da Comissão para organizar inspeções-surpresa às instalações relevantes à investigação (nº 1 do art. 20.º e nº 1 do art. 21.º do Regulamento), sem previamente proporem uma inspeção a que se sujeitem voluntariamente os visados¹⁶⁵. A ausência de aviso prévio à empresa permite que este mecanismo constitua uma das

¹⁶² Vide BAKER BOTTS, *European Commission Dawn Raids – Practical Tips & Guidance*, pág. 2.

¹⁶³ A expressão '*dawn raids*' (ou 'buscas ao amanhecer', de origem na cultura neozelandesa) terá a sua ironia, como realça MOURA E SILVA (2020, pág. 333). De facto, ao invés do que a sua alcunha sugere, que consistiria em operações realizadas geralmente ao nascer do dia (com o intuito de apanhar os suspeitos em flagrante delito ou, no mínimo, desprevenidos), estas diligências são típica e racionalmente realizadas durante o horário regular de expediente da empresa.

¹⁶⁴ Assim p.e. na Decisão da Comissão de 30 de Janeiro de 2008, *COMP/B-1/39.326 v E.ON Energie AG* (2008/C 240/06) e no Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 14.11.2012, *Nexans SA et al. v European Commission*, proc. T-135/09.

¹⁶⁵ Neste sentido, a já citada decisão *National Panasonic v Commission* (Case 136/79, ECLI:EU:C:1980:169), nos seus para. 8 e seguintes.

ferramentas mais eficazes ao dispor da Comissão em matéria de investigação. Assim, as autoridades previnem que as empresas interrompam as suas práticas ilícitas atempadamente, podendo incluir mesmo o domicílio de determinadas entidades de interesse¹⁶⁶. Especialmente problemático, e comum no panorama jurídico português, será a faculdade de obter, por este meio, provas a que não teriam acesso de outra maneira.

Com dois valores essenciais (que são o respeito pelos direitos fundamentais e a eficiência na aplicação do direito) em evidente conflito, e a importância de ambos no Estado de Direito e para a eficiente e efetiva aplicação das normas jusconcorrenciais europeias, é certo que tais inspeções não devem ser levadas a cabo com leviandade. Para o efeito, é essencial que a Comissão demonstre estar na posse de informações suficientes¹⁶⁷ que causem suspeitas razoáveis de práticas restritivas, na aceção dos artigos 101.º e 102.º do Tratado¹⁶⁸. Acrescenta-se que uma decisão de inspeção deve limitar o seu escopo à documentação necessária a verificar a existência e teleologia de uma situação legal que permitam formar suspeitas razoáveis¹⁶⁹ de violações às normas da concorrência, sempre tendo presente o princípio da proporcionalidade¹⁷⁰.

Compreensivelmente, as ‘*dawn raids*’ são uma medida de investigação desafiante para a tutela da posição jurídica da empresa¹⁷¹, ameaçando, sob justificações excepcionais, a transparência da investigação e o direito à privacidade (art. 8.º da CEDH e art. 7.º da CDFUE). Há que determinar até que ponto não poderão as empresas, perante eventuais

¹⁶⁶ Cfr. SAUER, R.; BLANCO, L. O. (2021), p. 417, WHISH, R.; BAILEY, D. (2021), pág. 285., e MOURA E SILVA (2020), pág. 333.

¹⁶⁷ Vide o Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção Alargada) de 5.10.2020, *Casino, Guichard-Perrachon et al. v Comissão Europeia*, proc. T-249/17, para. 114. O Tribunal esclareceu também que há uma diferença entre as provas necessárias para provar a prática ilícita e as requeridas para justificar as inspeções, com o objetivo de obter aquelas primeiras (para. 182-283).

¹⁶⁸ Cfr. XUEREFOVIAC, E. (2018), *České dráhy, a.s. v European Commission: legality of Commission’s dawn raid*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, No. 9, pág. 579 e segs.

¹⁶⁹ Embora o Tribunal Geral mantenha este princípio-exigência do Acórdão *Nexans*, podemos facilmente concluir por uma flexibilidade do órgão no que será razoável e em relação à variedade de indícios que se podem recolher de uma busca geral (V.g. no que diz respeito a infrações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE). Acrescentou, ainda, que a anulação parcial da decisão de inspeção não afeta necessariamente a validade de documentos apreendidos, que poderiam ser alvo de avaliação para a realização de outra inspeção-surpresa. Vide Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 20.6.2018, *České dráhy, a.s. v European Commission*, proc. T-325/16.

¹⁷⁰ Nomeadamente, a inspeção deve ser considerada como o meio menos penalizante disponível para confirmar aquelas suspeitas, da mesma forma que não devem causar inconvenientes desproporcionados e intoleráveis. P.e. Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 25 de novembro de 2014, *Orange v European Commission*, proc. T-402/13, para. 64, 72, 75 e segs.

¹⁷¹ Cfr. BERNATT, M.; BOTTA, M., et al. (2018), *The Right of Defense in the Decentralized System of EU Competition Law Enforcement. A Call for Harmonization from Central and Eastern Europe*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 41, No. 3.

abusos dos seus direitos fundamentais e desconhecimento da extensão de tais direitos, invocar essas garantias perante os órgãos institucionais e jurisdicionais. Os Tribunais europeus (incluindo o próprio TEDH) têm vindo a abordar diversas questões concretas sobre estas inspeções-surpresa, mas limitam-se a deitar luz sobre aspetos específicos de casos concretos¹⁷². A título de exemplo, temos a decisão *Delta Pekarny*¹⁷³, que esclareceu que as autoridades da concorrência podem proceder aos *dawn raids* sem prévia autorização judicial, mas que também é vital que as ordens jurídicas internas providenciem um sistema de revisão judicial *ex post facto*¹⁷⁴. Da mesma forma, ainda a propósito da necessidade deste prévio consentimento judicial, poderíamos invocar, no seio da atividade do TEDH, os casos *Ste Colas Est*¹⁷⁵, *Primagaz*¹⁷⁶, *Canal Plus*¹⁷⁷ e *Ravon*¹⁷⁸. DI FEDERICO¹⁷⁹ sintetiza peculiarmente as decisões citadas, através de três pontos-chave: as pessoas jurídicas têm o direito à proteção dos seus estabelecimentos, ao abrigo do artigo 8.º da CEDH; em casos de direito fiscal e de direito da concorrência, as partes devem contar com garantias adequadas e buscas bem fundamentadas; e independentemente da autorização judicial prévia (que pode prevenir arbitrariedades), as decisões deverão ser passíveis de revisão judicial, em matérias de facto e de direito (segundo a conceção implícita no art. 6.º da CEDH). Outras questões conexas de

¹⁷² Cfr. AUTIO, R. (2020), *Explaining Dawn Raids : A Soft Law Perspective into European Competition Authorities' Explanatory Notes on Unannounced Inspections*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, No. 9, pág. 475 e segs. Particularmente problemático tem vindo a ser o livre acesso e reprodução, no decorrer dessas inspeções, a documentos e evidências digitais da atividade das empresas.

¹⁷³ European Court of Human Rights, *Delta Pekárny a.s. v the Czech Republic* (App. no. 97/11), ruling of 2.10.2014.

¹⁷⁴ Cfr. NERUDA, R.; BARINKA, R. (2015), *Delta Pekarny v Czech Republic: European Court of Human Rights on Dawn Raids and Prior Judicial National Authorization*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 6, pág. 411 e segs. Os autores alertam que, não obstante as vitais lições retiráveis para o contexto europeu, as suas conclusões devem ser lidas, primariamente, no contexto das regulações checas relativas a inspeções-surpresa, sob pena de cair em vícios interpretativos no campo da efetividade da revisão judicial.

¹⁷⁵ European Court of Human Rights (Second Section), *Société Colas Est and Others v. France* (App. no. 37971/97), ruling of 16.4.2002.

¹⁷⁶ European Court of Human Rights, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz v. France* (App. no. 29613/08), ruling of December 2010.

¹⁷⁷ European Court of Human Rights, *Société Canal Plus and Others v. France* (App. no. 29408/08), ruling of 12.2010.

¹⁷⁸ European Court of Human Rights (Third Section), *Ravon and Others v. France* (App. no. 18497/03), ruling of 21.2.2008.

¹⁷⁹ Cfr. DI FEDERICO, G. (2013), *Deutsche Bahn: What the Commission Can and Cannot do in Dawn Raids*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, No. 1, pág. 29 e segs.

direitos fundamentais costumam ser abordadas, em processos sensíveis de inspeções-surpresa¹⁸⁰ (como veremos).

ii) Restrições aos Poderes de Investigação da Comissão: Princípios Gerais e Respeito aos Direitos de Defesa das Empresas

Não obstante a necessidade de interpretação e avaliação casuística de cada ação da Comissão que aparente traços controversos, é possível estabelecer algumas premissas que delimitam a sua atividade. Com esta finalidade, conclui-se pela constituição de verdadeiros limites, geralmente bipartidos entre os originados nos princípios gerais de direito da União Europeia, e os inerentes ao respeito devido aos direitos de defesa das empresas¹⁸¹.

Com o gradual alargamento dos poderes de investigação da Comissão, os princípios gerais de direito da União Europeia foram sendo alvo de uma flexibilidade interpretativa pelos seus Tribunais, de forma a conter e, de certa forma, tornar mais previsível o exercício dos poderes da Comissão (embora não tenham originado tantas anulações como seria de esperar, o que também suscita questões relativamente à necessidade de uma nova compreensão, mais abrangente)¹⁸².

Como exemplo, partimos do princípio geral da proporcionalidade¹⁸³ (art. 5.º, nº 4, do TUE)¹⁸⁴. Além do que já foi citado sobre as implicações deste princípio sobre os poderes da Comissão¹⁸⁵, este princípio deve ser interpretado¹⁸⁶ como uma exigência de adequação,

¹⁸⁰ Para uma visão abrangente e generalista da jurisprudência comunitária relevante, *vide* p.e. JOURDAN, J.; GAFSEN, H. (2022), *Competition Law and Fundamental Rights: Survey of Recent Developments Concerning the Right to Good Administration, Dawn Raids, Legal Professional Privilege, and Other Procedural Rights*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 13, No. 4, pág. 304 e segs.

¹⁸¹ Cfr, TELEKI, C. (2021), *Ibid*, pág. 248 e segs.

¹⁸² *Ibid*.

¹⁸³ Consagrado na jurisprudência do TJUE, desde logo, nas Decisões *Fearon* (Ac. TJ, 6.11.1984, proc. 182/83) e *Nold* (Ac. TJ, 14.05.1974, proc. 4/73).

¹⁸⁴ *Vide* também o Protocolo relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, Jornal Oficial da União Europeia, 16.12.2004, C 310.

¹⁸⁵ Assim p.e. as notas de rodapé 135 e 171.

¹⁸⁶ Conforme o fez o TJ, no Acórdão de 17.10.1989, *Dow Chemical Ibérica, SA, et. v Commission of the European Communities*, proc. apensos 97/87, 98/87 e 99/87. Para. 16.

necessidade e proporcionalidade das medidas da União Europeia¹⁸⁷. Adicionalmente, o Tribunal de Justiça explicitou que a fiscalização da proporcionalidade das medidas tomadas implica que não possam criar “inconvenientes, desproporcionados e intoleráveis relativamente aos objetivos prosseguidos pela referida diligência”¹⁸⁸.

Outro princípio que poderá impor constrangimentos aos poderes da Comissão¹⁸⁹ é o princípio da territorialidade, problematizado e abordado numa questão relativa à possibilidade de a Comissão solicitar informações e documentos a empresas situadas fora do território da União Europeia¹⁹⁰. Através de uma Comunicação, a Comissão assentou que “*the Commission has only limited powers to obtain Information from firms situated outside the EU. Under international law, the Commission is not empowered to conduct investigations outside the bounds of its territorial competence if they would impinge upon the national sovereignty of the non-member country in whose territory it was purporting to act. Accordingly, “on-the-spot” inspections of firms based in third countries are out of the question. In such cases, the Community can – and does – send out requests for information, but it cannot impose sanctions if a firm fails to comply. One option open to the Commission is to direct a request for information to a subsidiary of a non-EU firm which is based in the EU*”¹⁹¹.

Já na esfera do respeito pelos direitos de defesa das empresas sob investigação, pode-se recordar o significativo contributo do Acórdão *Deutsche Bahn*¹⁹². Nesta emblemática decisão, o Tribunal concluiu que a Comissão podia conduzir uma inspeção, interferindo abruptamente nos direitos fundamentais sem uma autorização judicial prévia, admitindo que uma aplicação mais eficiente do direito da concorrência poderia, até certo ponto, justificar uma desconsideração da posição de defesa das empresas (com padrões de tutela inferiores

¹⁸⁷ EUR-Lex Glossary of summaries (<https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/glossary/principle-of-proportionality.html>).

¹⁸⁸ Acórdão do TJ de 22.10.2002, *Roquette Frères SA v Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes e Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-94/00. Para. 76.

¹⁸⁹ Não fosse o presente capítulo um mero elenco exemplificativo, antecedente às principais problemáticas que o objeto de estudo suscita, caberia ainda abordar os diversos obstáculos levantados pelo conjunto de deveres da Comissão (TELEKI, op. cit. dá o exemplo do dever de agir num prazo razoável, o dever de fundamentação, *et cetera*).

¹⁹⁰ Cfr. TELEKI, C. (2021), pág. 249.

¹⁹¹ Cfr. European Commission; DG Competition (1997), *Dealing with the Commission Notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, pág. 22.

¹⁹² Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 18 de junho de 2015, *Deutsche Bahn AG et al. v European Commission*, Proc. C-583/13 P.

aos conferidos a um indivíduo)¹⁹³. Contudo, ao reconhecer este poder – até certa medida, arbitrário – à Comissão Europeia, o Tribunal impôs também sobre esta uma obrigação de fundamentar a decisão que ordena a inspeção. Ainda, ao admitir a anulação das decisões de inspeção, por violação dos direitos de defesa da empresa¹⁹⁴, o TJ veio fortalecer a posição das empresas sob investigação, contribuindo para promoção do respeito pelos seus direitos de defesa.

Outro limite desta índole prender-se-á com o respeito pela proteção do segredo profissional, que, embora não permita às empresas investigadas recusar a comunicação de certos elementos ou materiais¹⁹⁵, obriga os funcionários e agentes a não as divulgar¹⁹⁶ (art. 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, e art. 339.º do TFUE). No ordenamento jurídico português, temos uma manifestação deste princípio no artigo 20.º do RJC¹⁹⁷ (articulado com o art. 15.º, n.º 2, al. c) da Lei n.º 19/2012), por referência aos poderes de apreensão da Autoridade da Concorrência¹⁹⁸. Este regime de tutela específico tende a conflitar com outros direitos de defesa, como a consulta do processo e a obtenção de cópias e certidões dos documentos¹⁹⁹.

Concentrando-se uma panóplia tão vasta e diversa de conflitos com os direitos fundamentais das empresas aquando desta fase de investigação e dos poderes da Comissão em matéria de inquérito, caberá uma consideração constante destas noções e princípios ao

¹⁹³ Cfr. DESELAERS, W.; VENOT, E. (2015), *Deutsche Bahn v Commission: Limits on the European Commission's Inspection Powers*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 8, pág. 581 e segs. Vide os para. 24-25.

¹⁹⁴ Vide o para. 71 do Acórdão.

¹⁹⁵ Cfr. PAIS ANTUNES, L. (1995), pág. 27-28.

¹⁹⁶ Regulamento (CE) n.º 1/2003, Considerando 32, 2ª parte. «Embora assegurando os direitos de defesa das empresas em causa, nomeadamente o direito de acesso ao processo, é indispensável proteger os segredos comerciais». Vide também p.e. o art. 14.º, n.º 6, o art. 27.º, n.º 4, e o art. 30.º, n.º 2, do Regulamento.

¹⁹⁷ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

¹⁹⁸ Enquadrando-se num sistema de *enforcement* identificável com uma estrutura penal (a lei portuguesa considera as infrações ao direito da concorrência, como já mencionado, enquanto contraordenações, e portanto sujeitas ao RGCO), estas apreensões e o respetivo controlo funcionarão de maneira substancialmente diferente à estrutura empregue nas instituições comunitárias. Embora o art. 41.º, n.º 2, do RGCO reconheça, a certas autoridades administrativas, poderes e deveres típicos do processo penal, o RJC continua a submeter a AdC a um despacho do Ministério Público (MP) antes que possa proceder a apreensões (e outras diligências). Cfr. ANASTÁCIO, G.; ALFAFAR, D. (2017) *Artigo 20.º. Apreensões*. In Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Coord. PORTO, M.; VILAÇA, J.L.; CUNHA, C.; GORJÃO-HENRIQUES, M. et al. 2ª Edição, Almedina, Coimbra. VitalBook file, pág. 335.

¹⁹⁹ Sobre os contornos da definição de '*segredos de negócio*' e este conflito em específico, vide LOPES, P. (2010), *Segredos de negócios versus direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência*, in Revista de Concorrência e Regulação, n.º 4, pág. 65-107, Coimbra; e, ainda, SOUSA FERRO, M.; NEVES, I. (2019), *Business Secrets, Access and Rights of the Defence*, in CoRe, Vol. 3, Iss. 1, pág. 48-51.

longo da restante exposição, passando diretamente para o plano seguinte: de tutela dos direitos fundamentais no espaço da União.

2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

“[A] proteção dos direitos fundamentais não pode ser dada como garantida. Em dez anos, surgiram novos desafios, por exemplo, no âmbito da migração e da segurança e, mais recentemente, no contexto da pandemia de COVID-19, que trouxe consigo restrições a um vasto leque de direitos fundamentais e liberdades e que agravou as desigualdades. A transição ecológica e a transição digital trouxeram novas oportunidades para tornar os direitos fundamentais mais efetivos, mas também trouxeram novos desafios. (...) Tornar os direitos fundamentais efetivos é indispensável para que a UE possa honrar o seu compromisso de não deixar ninguém para trás.”

COMISSÃO EUROPEIA (2020)²⁰⁰

2.1. Enquadramento da proteção dos Direitos Fundamentais na União

No artigo 2.º do Tratado da União Europeia encontramos um compromisso do respeito comunitário pela “dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem” destinada a uma “sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”. Mas o direito originário da União nem sempre acolheu o respeito

²⁰⁰ *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Estratégia para reforçar a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais na UE 2.12.2020, pág. 2.*

pelos direitos fundamentais na sua letra. Em cerca de sete décadas, o pensamento comunitário progrediu consideravelmente no debate em torno dos direitos fundamentais, continuando hoje a desafiar-se em torno de problemáticas erguidas por difíceis períodos económicos e novos ideais que tocaram as massas europeias.

Não é novo o espírito de insuficiência e trauma que a Europa atravessou no pós-II Guerra Mundial, apelando à urgência de um novo garante para os direitos fundamentais da pessoa humana. Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, a comunidade internacional estabeleceu as suas novas camadas de proteção destes direitos a partir da raiz-comum que é o respeito pelos direitos humanos²⁰¹.

Na estrutura atual de tutela dos direitos fundamentais no espaço da União, foi essencial o surgimento e articulação, numa lógica de discussão permanente, de instrumentos no âmbito do Conselho da Europa (assim a CEDH e o seu Tribunal especializado) e da União Europeia (no caso mais paradigmático da CDFUE), dirigidos a assegurar um espaço de reforço garantístico no espaço da União²⁰².

Não obstante a centralidade dos direitos processuais fundamentais na presente temática, cabe antes um enquadramento generalista da tutela dos direitos fundamentais na atualidade europeia, para que se possam retirar conclusões contextualizadas em relação aos seus meios de proteção e confirmar as conclusões retiradas.

2.1.1. A jornada histórico-conceitual dos direitos fundamentais na União – da imprevisão inicial à Carta

A princípio, os Tratados que precederam a União não incluíam a proteção de direitos fundamentais *qua tale*, sob um objetivo de criação do mercado comum e de incentivar a

²⁰¹ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES, M. (2001), *A Evolução da Proteção dos Direitos Fundamentais no Espaço Comunitário*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RIQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*, Coimbra Editora, pág. 17 e segs. SPAVENTA, E. (2020), *Fundamental rights in the European Union*, in “European Union Law”, Ed. Catherine Barnard e Steve Peers, 3ª ed., Oxford University Press, pág. 246.

²⁰² Cfr. GOMES CANOTILHO, J. (2001), *Compreensão jurídico-política da Carta*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RIQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*, Coimbra Editora, pág. 13 e segs.

economia, deixando-os à atribuição do Conselho da Europa, das Nações Unidas e dos constitucionalismos dos Estados-Membros²⁰³, numa “fundamental omissão da previsão de um catálogo de direitos fundamentais e de mecanismos específicos da sua tutela”²⁰⁴. O Tribunal de Justiça aproveitou a lacuna deixada pelo legislador europeu, construindo ele próprio um catálogo de direitos fundamentais sem letra, através da sua função jurisprudencial²⁰⁵. O TJ inaugurou a abordagem aos direitos fundamentais em 1959, com o Acórdão *Stork*²⁰⁶, onde o Tribunal foi, pela primeira vez, chamado a pronunciar-se sobre a tutela dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário²⁰⁷, rejeitando a sua competência para assegurar o respeito das regras internas em vigor num Estado-Membro, e afirmando que a validade do ato de direito comunitário derivado não deveria ser apreciada à luz dos princípios e critérios do direito interno de cada Estado²⁰⁸. Esta postura inicial de ignorância do TJ²⁰⁹, sobre os direitos fundamentais protegidos internamente, acabaria por causar conflitos entre as posições dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros, hoje apelidadas pela doutrina de ‘pecados de juventude’²¹⁰.

Sinais de surgimento uma nova era dos Direitos Fundamentais na Europa deram o seu primeiro aviso no Acórdão *Stauder*, ao dispor que “[i]nterpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento suscetível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal”²¹¹. E foi ainda mais longe, no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, ao admitir que “o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal

²⁰³ As suas preocupações principais, de índole maioritariamente económica, não foram concebidas com vista a potenciais conflitos com a CEDH. De todo o modo, a solução de não previsão destes direitos no direito primário não se afigurava satisfatória. Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 282 e segs.; PAIS ANTUNES, L. (1995), pág. 69 e segs.; GORJÃO-HENRIQUES, M. (2000), *Uma Carta sem destino? Breve nota de apresentação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE*, in “Temas de Integração”, Vol. 5, n.º 9, Almedina, Coimbra, pág. 113-134; WILLIAMS, A. (2015), *Human Rights in the EU*, in “The Oxford Handbook of European Union Law” (ed. Damian Chalmers, Anthony Arnall), pág. 249-270.

²⁰⁴ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES (2001), pág. 18.

²⁰⁵ Cfr. LOPES, P. (2010), pág. 76.

²⁰⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 4.2.1959, *Empresa Friedrich Stork & Co. v Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, proc. 1/58.

²⁰⁷ Cfr. PAIS ANTUNES, L. (1995). Pág. 87 e segs.

²⁰⁸ Para 4, al. a) e b).

²⁰⁹ Além do Acórdão *Stork*, temos também o exemplo realçado por GORJÃO-HENRIQUES (2001), do Acórdão *Consórcio do carvão do Ruhr*.

²¹⁰ Cfr. HILF *apud* GORJÃO-HENRIQUES (2001), pág. 28.

²¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.11.1969, *Erich Stauder v Cidade de Ulm – Sozialamt*, proc. 29/69. Para. 7.

de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade”²¹². Ficou formulada, embora incompleta²¹³, a admissibilidade da proteção dos direitos fundamentais sob a ordem judicial da comunidade Europeia. A fórmula ficou concluída no Acórdão *Nold*, com a afirmação de que “[o] Tribunal, ao garantir a proteção destes direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados. Os instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações do que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário”²¹⁴.

Complementarmente, a CEDH e consequente papel aplicador-integrador do TEDH mereceram uma nova valorização de uma perspetiva institucional comunitária, através da menção expressa de disposições suas no Acórdão *Rutili*²¹⁵. Toda esta prática jurisprudencial e crescente preocupação com a proteção dos direitos fundamentais atingiria um marco em 1992, quando o Tratado de Maastricht nos apresenta a versão original do artigo 6.º, onde dispôs que a União respeitaria “os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”²¹⁶. Seguir-se-ia um vasto sistema constitucional e supranacional de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus²¹⁷.

²¹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr – un Vorratsstelle für Getreide un Futtermittel*, proc. 11/70. Para. 4.

²¹³ Cfr. ARESTIS, G. (2013), *Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective*, Research Papers in Law, European Legal Studies, College of Europe, pág. 2.

²¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.05.1974, *J. Nold, Kohlen – und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, proc. 4/73. Para. 13.

²¹⁵ Sobre os diversos pontos de contacto entre a CEDH e o direito europeu, vide MACHADO, J. (2014), pág. 284.

²¹⁶ Ex-Artigo F, nº 2. Note-se, contudo, que o Tribunal não considerava a Convenção como parte integrante do direito comunitário, mas tão só se tornou fonte de inspiração e elemento mais presente nas decisões do TJUE em matéria de direitos fundamentais. Cfr. PAIS ANTUNES, L. (1995), pág. 91.

²¹⁷ Abrangendo, portanto, não só os seus direitos, liberdades e garantias, como também os seus direitos de carácter económico, social e cultural. Vide MACHADO, J. (2014), pág. 285.

Com vista ao reforço deste sistema de tutela, baseado em instrumentos vinculativos, primazia normativa e aplicabilidade direta, foi adotada, em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais no seio da UE (CDFUE ou “a Carta”)²¹⁸, expressando, por último, a institucionalização do *rule of law*²¹⁹. Embora, à altura, a Carta não tivesse força jurídica vinculativa, a partir do Tratado de Lisboa, adquiriu o mesmo valor jurídico que os próprios Tratados (art. 6.º do TUE)²²⁰. Em boa parte, esta positivação não foi mais do que a mera formalização compilada dos direitos e princípios contidos anteriormente nos Tratados e na jurisprudência do TJ²²¹. Apesar de a Carta não se revelar materialmente revolucionária²²², permite uma identificação clara dos direitos inerentes à cidadania europeia, como manifestou logo no seu Preâmbulo²²³.

A CDFUE foi criada em defesa dos direitos humanos com base num esquema de valores-base, associados à igualdade, solidariedade, cidadania e garantias processuais²²⁴, representando uma vantagem para a CEDH²²⁵, sem excluir a sua ação. Após encontrar pontos comuns no património cultural e normativo dos povos europeus, a CDFUE apostou numa

²¹⁸ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Jornal Oficial da União Europeia, 2016/C 202/02, de 7.6.2016.

²¹⁹ Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 286. A constituição da Convenção com vista à sua elaboração foi decidida no Conselho Europeu de Colónia (1999), e o seu texto final seria solenemente proclamado no Conselho Europeu de Nice (2000).

²²⁰ Carecendo de integração no seio dos Tratados. Vide p.e. RÍQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al. (2001), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Coimbra Editora, pág. 7.

²²¹ Vide as *Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights*, Official Journal of the European Union, 2007/C 303/02, de 14.12.2007. Art. 11.º, n.º 2, art. 15.º, art. 16.º, art. 17.º, art. 20.º, et al.

²²² Não obstante os manifestos progressos marcados por este documento, entre os quais MACHADO, J. (2014) salienta o aprofundamento da igualdade jurídica entre géneros e o direito à conciliação entre a vida profissional e familiar (pág. 288). Também nas palavras da Comissão Europeia (2000), “[the] Cologne European Council set the main objective of the Charter of Fundamental Rights of the Union: to make their overriding importance and relevance more visible to the Union’s citizens” (Cfr. Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 13.9.2000, COM (2000) 559 final, para. 7). Portanto, não com o objetivo principal de ‘criar’ (ou reconhecer) novos direitos fundamentais, mas no sentido de evidenciar os já conhecidos, reafirmando-os. Cfr. MCGLYNN, C. (2001), *Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?*, E.L.Rev., 26, pág. 582-598.

²²³ «Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica».

²²⁴ Acerca de uma análise do conteúdo normativo da Carta, em especial de algumas vertentes dogmáticas do princípio da dignidade do ser humano, da igualdade, solidariedade, justiça e das liberdades fundamentais, vide MACHADO, J. (2014), pág. 288 e segs.

²²⁵ Note-se que, perante a CEDH, a Carta está sujeita a uma cláusula de não retrocesso (RÍQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al., op. cit., pág. 14-15.). Para uma compreensão das problemáticas suscitadas na complexa relação entre a CDFUE, a CEDH e os princípios gerais de direito da União Europeia, vide v.g. MUIR, E. (2014), *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, Common Market Law Review, 51, Kluwer Law International, pág. 219-246.

proteção destes valores com uma proteção mais elevada do que a própria CEDH conferia²²⁶. Hoje, além de fonte de inspiração, a Carta tornou-se verdadeira fonte de confirmação, reconhecida expressamente no direito originário da União Europeia, e com importantes repercussões em atos de direito secundário²²⁷.

Significativa fase de expansão seria aberta em 2007, com o Regulamento n.º 168/2007, e subsequente criação da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia²²⁸, com o objetivo de “proporcionar às instituições, órgãos, organismos e agências da Comunidade, bem como aos seus Estados-Membros (...) assistência e competências no domínio dos direitos fundamentais” (art. 2.º do Regulamento). A Agência assumiu os contornos típicos de uma agência administrativa, sob o Direito da União, acartando, desde logo, um vasto conjunto de responsabilidades no campo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos²²⁹.

Podemos observar que os direitos fundamentais escoaram das abordagens circunscritas dos constitucionalismos nacionais²³⁰ para a área de atividade da União Europeia. Enquanto princípios gerais de direito da União, estes direitos dirigem-se, antes e acima de tudo, a limitar os atos das instituições da União, atuando o seu respeito como pré-condição indispensável a qualquer ato neste âmbito, seja ele legislativo ou administrativo²³¹. Atuam, também, como limite imposto aos atos dos próprios Estados-Membros, quando estes implementam o direito da União ou atuam sob o seu âmbito²³².

²²⁶ Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 287.

²²⁷ Cfr. MUIR, E. (2014), op. cit., pág. 223 e segs.

²²⁸ Regulamento (CE) n.º 168/2007 do Conselho de 15 de Fevereiro de 2007, que cria a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Jornal Oficial da União Europeia, 22.2.2007.

²²⁹ Cfr. VON BOGDANDY, A.; VON BERNSTORFF, J. (2009), *The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture: The legal framework and some unsettled issues in a new field of Administrative Law*. Common Market Law Review, 46, Kluwer Law International, pág. 1035-1068. Os Autores deixam a importantíssima nota distintiva entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, assinalando a conotação deste último conceito, no contexto Europeu, como associado às garantias internacionais, ao passo que os direitos fundamentais serão mais facilmente associáveis às garantias constitucionais internas de uma pessoa (pág. 1036).

²³⁰ A este propósito, GOMES CANOTILHO, J. (2001) realça que a Carta “*não substitui nem pode substituir*” os textos constitucionais dos Membros. A sua esfera de aplicabilidade circunscreve-se pelas instituições da União (nos seus órgãos e atos), sem comportar quaisquer obrigações, fora do âmbito e objeto do direito originário comunitário, para os Estados-Membros. Cfr. RIQUEITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al. (2001), op. cit., pág. 14.

²³¹ Cfr. SPAVENTA, E. (2020).

²³² *Ibid.* Seguimos o princípio de que, perante estas situações, os Estados devem atuar dentro dos limites dos princípios constitucionais da EU, incluindo a tutela dos direitos fundamentais (pág. 232).

À semelhança de qualquer catálogo fundamental de um texto constitucional, a Carta deve conter a previsão de possíveis restrições a alguns dos seus direitos (p.e. o art. 14.º da CEDH, com uma cláusula geral de restrição). Encontramos esta intenção no artigo 52.º da Carta. Abstratamente, uma tal cláusula deve obedecer ao princípio da proporcionalidade (limitando as restrições ao estritamente necessário para salvaguardar valores da União Europeia) e respeitar o núcleo essencial de cada direito (sob pena, em caso contrário, de aniquilar o seu conteúdo fundamental).

2.2. A inevitável dialética entre a União Europeia e a Convenção

Além da promoção expressa do papel da CEDH²³³, nomeadamente por impulso do Acórdão *Rutili* (*vide supra*), foi particularmente relevante para o alargamento do seu âmbito o Tratado de Maastricht, que consagrou ineditamente o artigo 6.º, nº 2, TUE²³⁴. A norma fixa, simultaneamente, a CEDH como ponto de referência, e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros como correspondência para o nível de proteção devida àqueles direitos nucleares²³⁵.

Por força do nº 3 do seu artigo 52.º, bem como do artigo 53.º, a Carta tem por ponto de referência, para efeitos de âmbito, proteção e interpretação, não só os Tratados, mas também a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Portanto, ao interpretar a sistemática de direitos fundamentais ali explanado, há que mobilizar conjuntamente²³⁶ os Tratados europeus, a CDFUE e os restantes instrumentos internacionais. Os Estados-Membros tinham já enveredado pela discussão de

²³³ Note-se que, embora não houvesse já um diálogo formal ou um qualquer mecanismo de cooperação-articulação com a União Europeia, a CDFUE tomava em consideração, como obrigatoriamente devia, a dupla dimensão de integração dos seus Estados-Membros, entre a União Europeia e o Conselho da Europa. Cfr. RIQUEITO, A. L. (2001), *O Conteúdo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RIQUEITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*, Coimbra Editora, pág. 59 e segs.

²³⁴ Além de algumas indicações de “*apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do homem e liberdades fundamentais e do Estado de Direito*”, acolhidas no seu Preâmbulo.

²³⁵ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES (2001), pág. 24.

²³⁶ Nas palavras de MACHADO, J. (2014), “*como um único instrumento*” (pág. 293).

uma potencial adesão (como União) à CEDH, antes de o TJ concluir pela impossibilidade de um tal acordo, no quadro das competências da Comunidade²³⁷. Evidentemente, todos os Estados-Membros eram signatários da Convenção, o que fazia da coincidência de Membros entre a União e o Conselho da Europa combustível do interesse comum em fornecer um padrão mínimo de tutela daqueles direitos (suprindo as lacunas que os meios de tutela internos pudessem erguer)²³⁸.

A adesão da União à CEDH²³⁹ foi tentada por diversas vezes²⁴⁰. A tentativa mais marcante terá tido lugar entre 2011 e 2013, sob a forma de negociações extensivas de um Acordo de Adesão²⁴¹, carecendo, à altura, de ratificação por parte dos 47 Estados do Conselho da Europa e de celebração nos trâmites procedimentais de vinculação internacional do artigo 218.º do TFUE²⁴². No final de 2014, o TJUE concluiu pela incompatibilidade do Projeto de Acordo com o direito dos Tratados da União Europeia²⁴³. Numa marcante reafirmação de autonomia do sistema legal da União, o TJ duvidou que o Projeto de Acordo de Adesão assegurasse a continuidade da interpretação dos direitos fundamentais à luz do propósito, estrutura e finalidades da União²⁴⁴, enquanto notou que o mecanismo de correspondência²⁴⁵ colidiria com o sistema de competências acolhido no TFUE²⁴⁶. A favor daquela rejeição, o TJ arguiu ainda a possibilidade de um Estado-Membro demandar outro Membro da União (ou a própria UE), o que colocaria a jurisdição exclusiva do TJUE em

²³⁷ No afamado Parecer 2/94, de 28 de Março de 1996. Cfr. GORJÃO-HENRIQUES (2000), pág. 113.

²³⁸ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES (2001), pág. 19.

²³⁹ Comprometida no Tratado de Lisboa.

²⁴⁰ A primeira proposta de adesão teve lugar em 1952, por iniciativa de um grupo político (*Mouvement européen*). Por sua vez, a ideia de aderir à Convenção ficou formalizada, em 1979, através do *Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, COM(79) 210 final, 2.5.1979. Cfr. AMALFITANO, C. (2018), *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Edward Elgar Publishing, pág. 36.

²⁴¹ Vide o *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (2011)16.

²⁴² Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 296.

²⁴³ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *European Union accession to the European Convention on Human Rights – Questions and Answers* (<https://www.coe.int/en/web/portal/eu-accession-echr-questions-and-answers>, visitado em junho de 2023). O TJ manifestou a sua posição através do seu Parecer 2/13 (Tribunal Pleno), de 18 de dezembro de 2014.

²⁴⁴ Parecer (TJ) 2/13. Para. 157-162 e 183-189.

²⁴⁵ Que permitiria à União Europeia aparecer perante o TEDH juntamente com um Estado-Membro em casos em que alegadas violações aos Direitos Humanos sejam originadas por obrigações advindas da União. Cfr. ANDREANGELI, A. (2015), *Competition law and the Opinion 2.13 on the Accession of the EU to the European Convention on Human Rights: Back to Square One?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 8, pág. 583-585.

²⁴⁶ Parecer (TJ) 2/13. Para. 229-232.

risco em situações-limite²⁴⁷, e adotou a opinião de que a sua esfera de poderes jurisdicionais seria gravemente afetada pela adesão²⁴⁸.

Com o Tratado de Lisboa (2007) e consequente alteração de postura da União Europeia face à Convenção (art. 6.º, n.º 2, do TUE)²⁴⁹, permitiu-se que, uma vez esgotados os recursos ordinários internos de cada Estado-Membro²⁵⁰, os particulares pudessem dirigir-se ao TEDH e demandassem o próprio Estado por violações à CEDH²⁵¹. A única forma de um cidadão colocar o direito da União sob a apreciação do TEDH (com base na CEDH) é indiretamente, erguendo-se um litígio em torno de um ato ou uma omissão de um Estado-Membro²⁵². Note-se o reparo que faz SPAVENTA (2020) de que, embora a adesão a uma Convenção inicialmente planeada para Estados, por uma organização internacional, levante sérios desafios (v.g. a possibilidade das empresas recorrerem ao TEDH, invocando que os seus direitos protegidos pela CEDH foram lesados, quando esgotadas as instâncias europeias à sua disposição²⁵³), a universalização do desejo de aderir à CEDH, pela União, é uma realidade desejável e em aproximação progressiva²⁵⁴.

2.3. Algumas notas sobre a proteção dos direitos assinalados

A emergência dos diversos mecanismos e corpos normativos de tutela dos direitos fundamentais na União veio em reforço da cidadania europeia, presentemente configurada

²⁴⁷ *Ibid.* Para. 199-200 e 202-208.

²⁴⁸ Cfr. ANDREANGELI, A. (2015), pág. 584.

²⁴⁹ *Vide* também, nos Anexos do Tratado de Lisboa, o Protocolo relativo ao n.º 2 do Artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

²⁵⁰ Este esgotamento prévio dos recursos no ordenamento interno é essencial, p.e. para garantir o respeito pela soberania estadual e pela subsidiariedade da intervenção dos tribunais internacionais. Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 295.

²⁵¹ Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 295 e segs.

²⁵² GORJÃO-HENRIQUES (2000) sublinhou, à altura da sua obra, um certo ‘autismo’ (sob o pretexto da sua autonomização) por parte do TJUE e da Comunidade, por recusarem o mecanismo de controlo previamente existente, que era o TEDH (pág. 118).

²⁵³ Cfr. WILS, W. (2011), *EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 34, No. 2. Pág. 213.

²⁵⁴ Cfr. SPAVENTA (2020), *op. cit.*, pág. 249, e AMALFITANO, C. (2018), *op. cit.*, pág. 46 e segs.. Também VITAL MOREIRA (2001) realçou a importância preventiva e de congruência dessa adesão, abrindo portas ao recurso individual para o TEDH, quando esgotados os mecanismos comunitários (*op. cit.*, pág. 81)

como fonte de direitos, suscetíveis de exercício perante as autoridades da arquitetura jurídico-comunitária²⁵⁵ (como diz VITAL MOREIRA, não existe *rule of law* sem justiciabilidade²⁵⁶). Também a tutela destes direitos e liberdades fundamentais individuais foram alvo de uma evolução substancial, através de uma interpretação progressiva dos constitucionalismos internos²⁵⁷ e uma contínua atividade jurisprudencial. Não obstante o passo que a Carta representou em matéria de alargamento e aprimoração, todo o esforço seria em vão se não fosse acompanhado de uma atualização dos meios de tutela daqueles direitos²⁵⁸.

Atualmente, a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia é assegurada por um sistema de articulação entre três jurisdições distintas: o TJUE²⁵⁹, o TEDH e os tribunais de última instância dos ordenamentos nacionais²⁶⁰. Em respeito do TUE, o Tribunal deve inspirar o seu poder decisório na Carta, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros²⁶¹ e na Convenção (art. 6.º). O legislador recorre aos parágrafos do número 1 para limitar a discricionariedade do Tribunal na interpretação da CDFUE, acentuando que as suas disposições não podem reforçar as competências da União, e que devem ser interpretadas em respeito do Título VII da Carta (nº 1 do art. 6.º TUE). As disposições que regem a

²⁵⁵ Cfr. FERNANDES, S.P. (2017), *Os atributos de uma cidadania administrativa na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, UNIO E-book, Vol. I – Workshops CEDU 2016, Universidade do Minho, Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Pág. 19.

²⁵⁶ Cfr. MOREIRA, V. (2001), *op. cit.*, pág. 77.

²⁵⁷ Sobre a relevância da Carta e deste sistema de tutela sobre a realidade da fiscalização constitucional, *vide* PATRÃO, A. (2022), *A relevância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na fiscalização da constitucionalidade de normas nacionais*, in “Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade”, Vol. I (Org. Pedro Machete, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Mariana Canotilho), Almedina, Coimbra.

²⁵⁸ Cfr. MOREIRA, V. (2001), *A Tutela dos Direitos Fundamentais na União Europeia*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, *cit. supra*, pág. 75 e segs.

²⁵⁹ Tornamos a lançar mão da participação de VITAL MOREIRA (2001), onde faz o reparo de que por detrás dos progressos em matéria de direitos fundamentais, a que os esforços jurisprudenciais do Tribunal de Justiça levaram, não terá presidido uma consternação genuína com essa bandeira, mas antes a intenção de “atalhar preventivamente à tentação dos tribunais constitucionais nacionais para escrutinarem a legislação comunitária sob o ponto de vista dos catálogos constitucionais nacionais de direitos fundamentais”. O Autor lembra ainda WEILER (1992), numa questão extremamente pertinente, em especial no que concerne ao direito fundamental a um juízo com equidade e imparcial, e à necessidade de uma tutela jurídica multinível dos direitos fundamentais: «Se é verdade que o Tribunal desenvolveu a sua doutrina dos direitos fundamentais mais para proteger a integridade da ordem jurídica comunitária do que para proteger os indivíduos, será que ele, no caso de conflito entre (...) um direito fundamental e (...) uma política comunitária ou um valor de integração importante, estará preparado para preferir o indivíduo à Comunidade?» (*op. cit.*, pág. 79-80).

²⁶⁰ Cfr. ARESTIS, G. (2013), pág. 5.

²⁶¹ Os direitos fundamentais com origem nas tradições constitucionais dos Estados-Membros deverão ser interpretados em harmonia com o espírito dessas mesmas tradições. Cfr. LENAERTS, K. (2011), *The Court of Justice of the European Union and the Protection of Fundamental Rights*, Polish Yearbook of International Law, XXXI, pág. 79 e segs.

interpretação e aplicação da Carta começam por identificar os destinatários dos seus princípios, abrangendo as instituições, órgãos e organismos da União e os Estados-Membros²⁶² (art. 51.º, n.º 1, CDFUE)²⁶³. O âmbito de aplicação em relação aos Estados-Membros foi, posteriormente, esclarecido pelo Tribunal de Justiça (v.g. o Acórdão *ERT*²⁶⁴, o Acórdão *McB*²⁶⁵, o Acórdão *Annibaldi*²⁶⁶, etc.).

A partir do Tratado de Lisboa, foi estabelecido um duradouro diálogo judicial, sob a relação recíproca entre os dois tribunais supranacionais (TJ e TEDH), com citações mútuas (p.e. o Acórdão *P/S and Cornwall County Council*, primeira vez que o TJ referenciou o Tribunal de Estrasburgo²⁶⁷). A concorrência não escapou a esta tendência, uma vez que também as suas decisões em matéria de proteção dos direitos das empresas sob investigação foram inspiradas pela jurisprudência do TEDH. Exemplarmente, temos o caso *Hüls* (1999)²⁶⁸, onde o Tribunal fez referência a jurisprudência do TEDH para concluir que a presunção de inocência do art. 6.º, n.º 2, da CEDH se aplica a processos por infração ao direito da concorrência²⁶⁹. Invertendo a situação, podemos observar comportamento semelhante da parte do TEDH, que fez referências a Luxemburgo, acrescentando uma nova vertente às relações entre os dois Tribunais. Falamos p.e. do processo *Cantoni v. França*, onde o TEDH, ao interpretar uma norma do Código de Saúde Pública Francês, determinou que a sua (quase total) correspondência com a Diretiva comunitária não a retirava do âmbito

²⁶² O artigo deixa a reserva de que os Estados-Membros só serão destinatários da Carta quando apliquem o direito da União. Contudo, as suas instituições, órgãos e repartições continuam vinculadas a um respeito pelos direitos fundamentais, por força dos seus textos constitucionais nacionais. Vide ARESTIS, G. (2013), pág. 6.

²⁶³ O dever de respeito pelos direitos fundamentais, que recai sobre todas as instituições europeias, foi já abordado no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 19.7.2012, *Parlamento Europeu v Conselho da União Europeia*, proc. C-130/10. Para 83. «[A] obrigação de respeitar os direitos fundamentais é imposta, em conformidade com o artigo 51.º, n.º 1 da [CDFUE], a todas as instituições, a todos os órgãos e organismos da União».

²⁶⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.6.1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (ERT AE) et al. v Dimotiki Etairia Pliroforissis et al.*, proc. C-260/89. Para. 43.

²⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 5.10.2010, *J. McB v L.E.*, proc. C-400/10 PPU. Para. 51; vide também a Tomada de Posição do Advogado-Geral (22.09.2010). Para. 54.

²⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 18.12.1997, *Daniele Annibaldi v Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, proc. C-309/96. Para. 21-22.

²⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.4.1996, *P v S e Cornwall County Council*, proc. C-13/94. Para. 16. Após este caso, o TJ tornou a invocar a figura e autoridade do TEDH por diversas vezes, como meio de auxílio na interpretação do direito europeu.

²⁶⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8.7.1999, *Hüls AG v Commission of the European Communities*, proc. C-199/92 P.

²⁶⁹ Para. 149-150. «[A]tenta a natureza das infrações em causa, bem como a natureza e grau de severidade das sanções aplicáveis, o princípio da presunção de inocência aplica-se aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas suscetíveis de conduzir à aplicação de multas ou de sanções pecuniárias compulsórias (v., neste sentido, [TEDH], acórdãos *Oztürk de 21 de Fevereiro de 1984, Série A, n.º 73*, e *Lutz de 25 de Agosto de 1987, Série A, n.º 123-A*) ».

do princípio da legalidade (artigo 7.º da Convenção)²⁷⁰. Podemos também falar do Acórdão *Bosphorus* (2005), em que o TEDH entendeu que tinha legitimidade para apreciar a compatibilidade entre a Convenção e uma medida nacional, concretizadora de direito derivado da União. O Tribunal estabeleceu uma ‘presunção de proteção equivalente’ entre a proteção de direitos fundamentais pelo direito da União Europeia e a sua tutela por força da CEDH, apenas ilidível por uma análise casuística que manifeste uma proteção deficitária²⁷¹.

Num cenário em que os órgãos jurisdicionais da CEDH e da União “colaboram” (embora não diretamente), mútua e reciprocamente, para uma proteção consistente, coerente e eficaz dos direitos fundamentais, será seguro assumir que a larga maioria dos casos perante estes tribunais não suscitará questões ao nível do âmbito de apreciação de um Tribunal ou de outro²⁷². Contudo, o TJUE será ocasionalmente confrontado diretamente por alegadas violações dos direitos fundamentais no âmbito de investigações por infração às regras da concorrência. Uma ocorrência frequente nestes processos, por parte da empresa investigada, é a invocação dos seus direitos fundamentais atinentes à justiça (Título VI, CDFUE²⁷³) e privacidade (arts. 7.º e 8.º, CDFUE)²⁷⁴, como veremos.

2.4. A defesa reforçada do Provedor de Justiça Europeu e os critérios exigidos pelos princípios da boa administração

Neste ponto, é conveniente uma breve reflexão acerca da figura do Provedor de Justiça Europeu (*European Ombudsman*), cujo estatuto encontra abrigo no Regulamento (UE,

²⁷⁰ European Court of Human Rights (Chamber), 11.11.1996, *Case of Cantoni v. France*, Application no. 17862/91. Para. 30.

²⁷¹ European Court of Human Rights (Grand Chamber), 30.6.2005, *Case of BOSPHORUS HAVA YOLLARI TURIZM VE TICARET ANONIM ŞIRKETI v. Ireland*, Application no. 45036/98. Vide a *Concurring Opinion of Judge Ress*. Para 1-3.

²⁷² A maioria das decisões do TJ relativos a direitos individuais terão origem em reenvios prejudiciais dos Tribunais dos Estados-Membros. Cfr. STEENE, A. (2016), *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ's Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 3, pág. 180 e segs.

²⁷³ V.g. o direito à ação e a um tribunal imparcial, a presunção de inocência, o princípio da legalidade e da proporcionalidade, e o princípio *ne bis in idem*.

²⁷⁴ Neste sentido, como veremos mais adiante, os Acórdãos *Deutsche Bahn* e *Nexans*.

Euratom) 2021/1163²⁷⁵, e que deve ser encarado como uma entidade de controlo preventivo, *ex ante* ou *in itinere*²⁷⁶. Esta entidade foi instituída pelo Tratado de Maastricht²⁷⁷, projetada para ser um mecanismo de monitorização da atividade administrativa das instituições, gabinetes, organismos e agências europeias ('instituições' *lato sensu*), salvo o TJUE na sua veste jurisdicional²⁷⁸. A figura do *ombudsman* europeu, inspirada nas figuras homólogas dos ordenamentos nacionais, é exemplo da influência que os sistemas jurídicos dos Estados-Membros exercem sobre a estrutura de governo²⁷⁹ supranacional da UE²⁸⁰. No seu papel de controlo administrativo, o Provedor aplica e interpreta os princípios decorrentes dos direitos humanos no espaço europeu e de instrumentos jurídicos internacionais²⁸¹, além dele próprio ser meio para os direitos inerentes à cidadania europeia (arts. 20.º, al. d), 28.º, TFUE e art. 41.º, CDFUE).

É eleito pelo Parlamento Europeu²⁸², e em constante articulação com o Tribunal de Justiça²⁸³, estando encarregue dos casos de má administração daquelas entidades comunitárias (o problema coloca-se quando uma daquelas instituições não respeite regras,

²⁷⁵ Regulamento (EU, Euratom) 2021/1163 do Parlamento Europeu, de 24 de junho de 2021, que define o estatuto e as condições gerais de exercício das funções do Provedor de Justiça Europeu (...) e que revoga a Decisão 94/262/CECA, CE, Euratom. Jornal Oficial da União Europeia, L 253.

²⁷⁶ Contrariamente aos Tribunais, que realizam um escrutínio judicial *ex post*. Vide SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2012), *The Role of the European Ombudsman in Competition Proceedings: A Second Guardian of Procedural Guarantees?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 1, pág. 29-39.

²⁷⁷ Artigo 138.º-E. «O Parlamento Europeu nomeará um Provedor de Justiça, com poderes para receber queixas apresentadas (...) e respeitantes a casos de má administração na atuação das Instituições ou organismos comunitários».

²⁷⁸ Com o propósito maior de reduzir o deficit democrático na União, através de novos canais de comunicação e meios de reclamação para os cidadãos e residentes da UE, incrementando simultaneamente a transparência da administração, tanto numa vertente externa, quanto interna. Cfr. REIF, C. L. (2020), *Ombuds Institutions, Good Governance and the International Human Rights System*, 2nd Revised Edition, International Studies in Human Rights, Vol. 133, Brill/Nijhoff. Pág. 481 e segs..

²⁷⁹ Não olvidando a complexidade e relatividade envolvida na definição e alcance do “*Good Governance*”, sabemos que a boa administração que o Provedor pretende assegurar se identifica com uma vertente organizacional das estruturas institucionais da União, de modo a atingir os resultados comunitariamente pretendidos (v.g. a transparência nas instituições e a participação cívica pública no seu trabalho). Cfr. HARDEN, I. (2017), *The European Ombudsman's role in promoting good governance*, in “Accountability in the EU: The Role of the European Ombudsman” (ed. Herwig Hofmann e Jacques Ziller), Edward Elgar Publishing Limited, pág. 198-216. Vide também LANZA, E.M. (2008), *The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law*, Teoria del Diritto e dello Stato 1-2-3, pág. 479-490.

²⁸⁰ Cfr. *Ibid*, pág. 481.

²⁸¹ Assim p.e. o seu papel peculiar face à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

²⁸² Artigo 228.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

²⁸³ Sobre as similaridades e diferenças mais marcantes entre o *European Ombudsman* e a jurisdição europeia, vide REMÁČ, M. (2018), *The European Ombudsman and the Court of Justice in the European Union: competition or symbiosis in promoting transparency?*, in Research Handbook on the Ombudsman (ed. Marc Hertogh e Richard Kirkham), Edward Elgar Publishing Limited, pág. 133-150.

princípios jurídicos, direitos fundamentais ou princípios da boa administração)²⁸⁴. A ampliação de vinculações e compromissos internacionais da União Europeia, sob a temática da proteção dos direitos fundamentais²⁸⁵, terá a consequência lógica do reforço – constante e necessário – do papel do Provedor, para que possa consolidar essa mesma proteção, a um ritmo proporcional às exigências impostas pelo progresso político, tecnológico e pela globalização.

Para os efeitos da sua atividade, o direito da União (através do art. 228.º do TFUE e do art. 3.º do Regulamento 2021/1163) atribui legitimidade ao Provedor de Justiça Europeu para proceder a inquéritos, no seguimento de uma queixa ou por iniciativa própria²⁸⁶, que tendem a incidir sobre transparência, acesso a documentos, cultura de serviço, respeito pelos direitos processuais e pelos direitos fundamentais, utilização adequada da discricionariedade, *etc*²⁸⁷. No campo da normatividade, este poder de inquérito, que o Provedor exerce, apenas poderá ser limitado pela participação dos factos invocados num processo jurisdicional (art. 228.º, n.º 1, §2, TFUE²⁸⁸). Desconsiderando esta exceção, o Provedor tem poderes de inquérito ilimitados, para solicitar todas as informações que considere apropriadas aos Estados-Membros e às instituições (art. 3.º, n.º 3, do seu Estatuto).

No âmbito do direito da concorrência, enquanto pessoas coletivas com sede estatutária num dos Estados-Membros²⁸⁹, as empresas têm o direito a dirigir-se ao Provedor de Justiça (art. 24.º do Tratado, art. 43.º da CDFUE) em busca de uma proteção reforçada dos seus direitos fundamentais, em especial, do seu direito fundamental à boa administração²⁹⁰. Em 1998, este gabinete independente recebeu a primeira queixa de má administração em matéria

²⁸⁴ Cfr. SANDU, G. (2023), *O Provedor de Justiça Europeu*, Fichas técnicas sobre a União Europeia, Parlamento Europeu. Pág. 3.

²⁸⁵ Sobre o papel do *Ombudsman* e a sua instrumentalização da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, vide VENTURA, C.S.; MARTINS, J.Z. (2003), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Landmark in the European Landscape and the Prospect for a Dynamic Role of the Ombudsman*, in “The International Ombudsman Yearbook”, Vol 7, Brill/Nijhoff, Pág. 129-161.

²⁸⁶ Cfr. COELHO, C. (2017), *Provedor de Justiça Europeu*, in “Europa de A a Z: Dicionário de Termos Europeus” (Coord. Carlos Coelho), Aletheia Editores, pág. 571. Assim também a letra do art. 228.º, n.º 1, do Tratado (§2).

²⁸⁷ Cfr. SANDU, G. (2023), *op. cit.*, pág. 3.

²⁸⁸ “[O] Provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados (...) salvo se os factos invocados forem ou tiverem sido objeto de processo jurisdicional”.

²⁸⁹ Artigos 228.º, n.º 1, TFUE, e 2.º, n.º 1, Regulamento (UE, Euratom) 2021/1163 do Parlamento Europeu.

²⁹⁰ Embora este direito haja sido formalmente reconhecido num instrumento normativo internacional em 2000, por obra da Carta, o seu desenvolvimento encontra raiz na jurisprudência europeia. Cfr. MANGIAMELLI (2002) *apud* LANZA (2008), *op. cit.*, pág. 479.

de concorrência de empresas²⁹¹ e, embora a larga maioria das queixas neste campo não tenham conhecido sucesso, o maior escrutínio do Provedor (não obstante o papel tradicionalmente limitado da *ombudsperson* no sistema de *enforcement* da concorrência) aparenta ter colmatado algumas lacunas evidentes no sistema de aplicação das normas de concorrência²⁹². Um exemplo foi o considerável progresso em matéria de respeito por prazos legais, p.e. para aceder a documentos relacionados com a investigação de um potencial cartel²⁹³ (como foi o caso das Decisões do Provedor de Justiça de 14 de novembro de 2007²⁹⁴ e de 25 de setembro de 2009²⁹⁵). Outras matérias notavelmente desenvolvidas prenderam-se essencialmente com questões relacionadas com a confidencialidade (v.g. no caso *AirLingus/Ryanair*²⁹⁶) e o acesso a documentos referidos numa decisão da Comissão Europeia (v.g. o caso 3699/2006²⁹⁷).

Entre outros desenvolvimentos, em matéria de defesa de direitos fundamentais em processos por infração ao direito da concorrência europeu, exponenciados pelo *European Ombudsman*, poderíamos destacar o novo sistema de informações da Comissão, (*'Natacha'*)²⁹⁸, a reforma de algumas práticas da Comissão, em 2010 (materializada na

²⁹¹ Decision of the European Ombudsman on complaint 1076/97/(OV)PD against the European Commission, 3 September 1998, Strasbourg.

²⁹² Cfr. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2012), *op. cit.*, pág. 29.

²⁹³ Previstos nos artigos 7.º e 8.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 145, 31.5.2001.

²⁹⁴ Decision of the European Ombudsman on complaint 2196/2006/(SAB)ID against the European Commission, 14.11.2007. «*In handling the complainant's initial and confirmatory applications for access to documents, the Commission failed to respect the time-limits provided for in Articles 7 and 8 of Regulation 1049/2001. This constituted an instance of maladministration*».

²⁹⁵ Decisão no caso 1142/2008/(BEH)KM – Alegada decisão ilícita de não abrir uma investigação em matéria de concorrência, 25.9.2009. Onde o *Ombudsman* obrigou a Comissão ao queixoso a pedir desculpa pelo atraso na resposta a uma comunicação. Outro caso semelhante seria o 1640/2007/GG, de 23.7.2008.

²⁹⁶ Decisão no caso 1342/2007/FOR – Alegada divulgação indevida de informação particularmente sensível no contexto de um processo de concentração, 27.4.2009. «*The Ombudsman encourages the Commission to explore with National competition authorities appropriate mechanisms for ensuring that the transmission of confidential information and documents remains secure*».

²⁹⁷ Decisão no caso 3699/2006/ELB – Recusa de conceder o acesso do público aos documentos mencionados numa decisão da UE relativa ao direito da concorrência, 6.4.2010. Para. 115.

²⁹⁸ No seguimento da Decision of the European Ombudsman closing the inquiry on complaint 1881/2006/JF against the European Commission, 30.9.2008. «*[T]he Ombudsman finds no maladministration as regards the complainant's allegation that the Commission failed to provide it with proper access to its file (...) [and] reminds the Commission that keeping adequate records of its files and drafting appropriate enumerative lists of its documents is a practice which, apart from facilitating factual access to documents by the parties involved in competition infringement proceedings, is also in accordance with the Commission's Notice of access to the file and principles of good administration*». O propósito deste novo sistema de informações seria o de reunir documentos relacionados com casos de *antitrust*, organizando cada documento conforme com a sua descrição, tipo, acessibilidade, partes e data. Cfr. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2012), *op. cit.*, pág. 33.

Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE²⁹⁹)³⁰⁰, e maior abertura da União quando a Comissão Europeia fracasse em emitir uma decisão sobre uma queixa relativa a um auxílio de estado (agora já não apenas por via da ação prevista no art. 265.º do Tratado, mas também pela possibilidade de sugestões à Comissão Europeia, por intermédio do Provedor³⁰¹).

2.5. Sobre a consideração dos direitos de defesa como direitos fundamentais

Citando PAIS ANTUNES (1995), a qualificação de um direito como ‘fundamental’ “implica por si só a existência de um regime jurídico especial, distinto do dos demais direitos”³⁰². Relativamente a este regime especial, de que usufruem os direitos fundamentais, o Autor considera essenciais a sua aplicabilidade direta (“independentemente da eventual intervenção do legislador”) e a vinculação imediata dos poderes públicos e entidades

²⁹⁹ Jornal Oficial da União Europeia, 2011/C 308/06.

³⁰⁰ Alimentada pela marcante decisão *Intel* (2009). Decisão no caso 1935/2008/FOR – Erros processuais num processo de concorrência, 14.7.2009. «*By failing to make an adequate written note of the meeting (...), for the purposes of establishing agreed minutes of that meeting, the Commission infringed principles of good administrations. (...) It would be in the interests of good administration for the Commission to instruct its staff to ensure that a proper internal note, which should be placed in the file, is made of the content of the meetings or telephone calls with third parties concerning important procedural issues*». Devido ao insucesso da Comissão em reunir provas que poderiam ser atenuantes (ou até mesmo desculpantes) da conduta da *Intel*, não lhe foi permitido construir uma defesa adequada às acusações de abuso de posição dominante da rival AMD e da Comissão. Certo é que o Provedor reafirma o seu estatuto de “guardião da boa administração na UE”, permanecendo vigilante, mesmo no que transcende os limites da legalidade (sob o âmbito mais amplo do termo ‘*good administration*’), disposto a lançar mão do seu arsenal de instrumentos para pressionar a Comissão Europeia a assegurar o respeito por tais princípios na investigação e sancionamento de infrações ao direito da concorrência europeu. Ulteriormente, esta lógica evolutiva causaria o benefício maior de acionistas, cidadãos e da própria Comissão (que vê o seu papel reforçado em efetividade e legitimidade). Cfr. DIAMANDOUROS, P. N. (2010), *Improving EU Competition Law Procedures by Applying Principles of Good Administration: The Role of the Ombudsman*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, No. 5, pág. 379-396.

³⁰¹ Assim p.e. na Decisão no caso 2521/2011/JF – Auxílios estatais alegadamente ilegais destinados a quatro clubes de futebol espanhóis, 28.7.2014. Note-se que ações para cumprimento (art. 265.º TFUE), em situações em que a Comissão devia ter decidido abrir formalmente uma investigação (ou recusar fazê-lo), e não o fez, foram bem sucedidas em algumas ocasiões excecionais. O recurso ao *Ombudsman* permanece uma alternativa interessante para evitar os custos consideráveis da litigância e todo um universo de potenciais problemas procedimentais ou substantivos. Cfr. NAVARRO, M. M. (2015), *The Ombudsman Decision on the State-aid Complaint Concerning Certain Spanish Football Clubs: The Ombudsman as an Alternative Route for State-aid and Anti-Trust Complainants?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 2, Pág. 99-101.

³⁰² Cfr. PAIS ANTUNES (1995), pág. 103.

privadas, embora a atribuição de uma nota de fundamentalidade aos direitos de defesa perante as autoridades administrativas se levante de forma diferente³⁰³. Esta categoria dogmática³⁰⁴ era já expressamente consagrada nos textos constitucionais dos Estados-Membros, sendo que alguns deles optavam por distinguir, já, um catálogo de direitos fundamentais “processuais”, com raiz nos princípios do processo penal, mas não se esgotando nesse campo de aplicação (assim, p.e. os artigos 31.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa³⁰⁵ e os artigos 14 e 15 da Constituição da República Italiana³⁰⁶)³⁰⁷. Hoje, é de elogiar o semelhante esforço do legislador jurídico-comunitário (inspirado certamente pelos esforços dos seus homólogos nacionais) em positivar os direitos de defesa, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, esclarecendo quaisquer dúvidas que restassem acerca do seu carácter fundamental (v.g. a sua previsão expressa no artigo 48.º da Carta³⁰⁸).

A delimitação do conceito “direitos de defesa” não é uma tarefa fácil, desde logo pelo seu conteúdo variável entre os diversos ordenamentos internos³⁰⁹, o que fez com que as suas regras (tradutoras das exigências de proteção dos direitos de defesa e de posições jurídicas subjetivas face à administração) não fossem, várias delas, previstas normativamente³¹⁰. Concluimos que os direitos de defesa constituem verdadeiros princípios do direito

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Seguindo o raciocínio desenvolvido por GOMES CANOTILHO, J. J. (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 1253.

³⁰⁵ “*Habeas corpus*” e “*Garantias de processo criminal*”.

³⁰⁶ Acerca da inviolabilidade do domicílio e do segredo das comunicações.

³⁰⁷ Cfr. PAIS ANTUNES (1995), pág. 103.

³⁰⁸ Reforce-se que, não obstante a utilização do termo “*arguido*” (art. 48.º, nº 2, CDFUE) aqueles direitos não se bastam pelos processos de natureza estritamente criminal. Devem ser encarados como aplicáveis, em condições análogas, em processos perante as autoridades administrativas da União Europeia. *Vide ibid.*

³⁰⁹ Na sua atividade jurisprudencial, também o Tribunal de Justiça deve considerar o teor e espírito das provisões normativas nacionais em matéria de proteção dos direitos de defesa. Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford EU Law Library, pág. 132.

³¹⁰ “[S]eja porque não seriam em princípio suscetíveis de entrar em conflito com os poderes da administração, seja porque poderiam comprometer de forma irremediável o exercício eficaz dos poderes a esta atribuídos”. Cfr. PAIS ANTUNES (1995), pág. 104.

europeu³¹¹, com uma influência decisiva pelo seu abrigo no artigo 6.º da CEDH³¹², no art. 48.º da CDFUE, e nos precedentes judiciais em sua promoção no campo da concorrência³¹³.

Embora alguns Autores falem em Direitos Fundamentais “Processuais”³¹⁴, os direitos de defesa das empresas não se restringem ao momento estritamente processual da aplicação do direito europeu da concorrência. É durante a fase de investigação – pré-processual - que se coloca de forma mais premente a proteção dos direitos fundamentais, face ao exercício dos poderes da Comissão Europeia³¹⁵. Assim, parece-nos apropriado seguir o exemplo dos Autores citados, considerando os direitos de defesa num sentido amplo, não restringindo uma análise crítica a momentos restritamente processuais. Embora uma boa parte dos direitos fundamentais da empresa não se desvinculem, na sua racionalidade, do direito fundamental a um processo legal justo e adequado (*‘due process’* e *‘fair trial’*, em estrita conexão com o direito fundamental de acesso ao direito³¹⁶), ainda encontramos um conjunto de situações em que se confrontaram direitos fundamentais das empresas num contexto extrajudicial (seja este contexto pré-contencioso, pós-contencioso ou mesmo contemporâneo).

Exemplo do que se acaba de afirmar seria a proibição de discriminação em função da nacionalidade (art. 18.º, n.º 1, TFUE)³¹⁷, os direitos fundamentais a uma boa administração (art. 41.º, CDFUE) e a petição ou queixa (art. 20.º, n.º 2, al. d), TFUE), o direito de acesso a documentos (art. 42.º, CDFUE)³¹⁸ e o direito à reserva da vida privada (p.e. art. 8.º,

³¹¹ Vide p.e. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 85/76, para 9. «O respeito dos direitos de defesa em qualquer processo suscetível de ter como resultado a aplicação de sanções, designadamente, multas e sanções pecuniárias compulsórias, constitui um princípio fundamental do direito comunitário, que deve ser observado, mesmo tratando-se de um processo de natureza administrativa».

³¹² Cfr. DIAMANDOUROS, P. N. (2010), op. cit., pág. 391 e segs.

³¹³ P.e. na jurisprudência *TACA* (Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.9.2003, *Atlantic Container Line AB et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos T-191/98, T-212/98 a T-214/98, para. 89 e segs.) e *Group Danone* (Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 25.10.2005, *Groupe Danone v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-38/02, para. 25 e segs.).

³¹⁴ Vide GOMES CANOTILHO (1986) *apud* PAIS ANTUNES (1995), pág. 103.

³¹⁵ Cfr. PAIS ANTUNES (1995), pág. 101.

³¹⁶ De onde decorrem as garantias tradicionalmente associadas a uma “Constituição criminal” (*ne bis in idem*, princípio da legalidade criminal...). Cfr. RÍQUITO, A. L. (2001), *O conteúdo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RÍQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*, Coimbra Editora, pág. 65.

³¹⁷ Que se pode traduzir num direito fundamental a um estatuto de igualdade jurídica, sem prejuízo de exceções discriminadas nos termos legais. Cfr. MACHADO, J. (2014), op. cit., pág. 269.

³¹⁸ Este último enquanto afloramento do princípio da transparência (art. 15.º, n.º 3, TFUE, et al.).

CEDH³¹⁹). De uma perspectiva de otimização sistemática e distinção, será adequado um breve desvio à metódica explorada pela doutrina reconhecida, procedendo a uma distinção entre os direitos resultantes das exigências de justiça, adstritas ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores inerentes a um processo justo e equitativo num Estado de Direito³²⁰, e os direitos suscetíveis de ameaça ou restrição em circunstâncias extrajudiciais (i.e., aproveitamos a divisão, evidenciada na doutrina³²¹, na estrutura punitiva administrativa da UE, entre uma fase de investigação³²² e uma fase de participação dos investigados).

³¹⁹ Cujá redação peca, desde logo, pelo seu contexto temporal não haver considerado o recurso às técnicas digitais de comunicação, sobreposto, eventualmente, às restantes formas de correspondência. Cfr. RIQUITO (2001), op. cit., pág. 65.

³²⁰ Com ênfase para o Título VI da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

³²¹ Pela maioria, Cfr. JÖRGENS, K., CENTELLA, M. T. (2021), *The Organization of European Commission Proceedings*, in “EU Competition Procedure” (ed. Luis Ortiz Blanco), 4th Edition, Oxford University Press. Pág. 242 e segs.

³²² “*Fact-finding stage*”. *Ibid.*

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO A UM PROCESSO JUSTO E EQUITATIVO NA CONCORRÊNCIA EUROPEIA

“There is a hidden beauty to procedural matters. In a discipline as open and dynamic as competition law, substance tends to attract most of the attention. (...) Without procedure, substance is but abstraction. Procedure and substance live in symbiosis to the extent that the division between the two may not always be apparent. (...) [P]rocedural principles and rules play a critical role in ensuring that competition law does not lose its last name.”

ORTIZ BLANCO, L.; LAMADRID DE PABLO, A. (2022)³²³

3.1. Considerações prévias sobre a defesa justa das empresas

Considerando os contornos da defesa dos direitos fundamentais da empresa, passando, desde logo, pelos limites aos poderes de investigação e discricionariedade da Comissão Europeia³²⁴, bem como pela força e tutela jurídica de que beneficiam enquanto direitos fundamentais (com força de princípios gerais de direito) da União Europeia, cabe agora desmistificar o conjunto de garantias de que as empresas beneficiam no que toca à judicialidade do direito da União. E é adequado principiar pelos direitos mais abrangentes

³²³ ORTIZ BLANCO, L., PABLO, A. L. (2022). *The EU Competition Procedures from the Perspective of a Counsel*. In “Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement: A Systematic Guide”, ed. Kris Dekeyser, Céline Gauer, et al. Wolters Kluwer.

³²⁴ Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), op. cit., pág. 198. Os Autores exemplificam com o Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 9.12.2004, *Comissão das Comunidades Europeias v República Francesa*, proc. C-177/03, para. 17.

deste catálogo, de que, de certa forma, muitos outros acabam por constituir afloramentos (assim p.e. as noções decorrentes do *due process* e do *fair trial*).

Conforme se confirmará posteriormente, o estudo e aplicação dos direitos fundamentais no espaço de justiça da União progrediu inesperadamente com o Acórdão *Menarini*³²⁵, onde o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confirmou a compatibilidade do modelo europeu com o direito a um processo justo e equitativo (nos termos delineados pelo artigo 6.º da CEDH). Desde que o arguido tenha a possibilidade de recorrer a um tribunal que disponha das garantias previstas no artigo 6.º da CEDH, a condenação de uma empresa a uma sanção pecuniária compulsória por uma entidade administrativa independente não viola esse direito³²⁶.

Tendo por critério o número de decisões judiciais adotadas e o impacto no sistema de aplicação do direito, vários Autores consideram que o artigo 6.º constituirá a provisão mais importante da CEDH, por permitir o restabelecimento da paz jurídica após a violação de um direito fundamental³²⁷, assim como a norma que mais contribuiu para o desenvolvimento do Estado de Direito e da justiça individual na Europa, através de um caminho de mais de 50 anos registado na jurisprudência europeia³²⁸. O artigo 6.º da Convenção foi alvo de inúmeros tratamentos jurisdicionais *in concreto*³²⁹ pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o qual afirmou já esclarecidamente que a posição proeminente do *'right to a fair trial'*³³⁰ numa sociedade democrática não permite uma leitura restritiva do n.º 1 do preceito³³¹.

Além de permitir a plena efetividade do direito da União³³², o princípio geral da tutela jurisdicional efetiva comporta exigências de acesso à justiça e de controlo judicial efetivo

³²⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme (Deuxième Section). *Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Requête n.º 43509/08, 27 Septembre 2011.

³²⁶ Cfr. MOURA E SILVA (2020), op. cit., pág. 324.

³²⁷ Cfr. TELEKI, C. (2021), op. cit., pág. 93. Enquanto «*transmission belt that ensures the smooth functioning of power, by presenting the problems that the individual encounters to the authority that has the competence, the tools and, hopefully, the will to solve it*».

³²⁸ *Ibid*, pág. 101.

³²⁹ V.g. European Court of Human Rights (Grand Chamber), 25.9.2018, *Case of Denisov v. Ukraine*, Application no. 76639/11. Para. 139; *Case of Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, Applications nos. 55391/13, 57728/13 and 74041/13, para. 196; et al..

³³⁰ Na obra cit., TELEKI evoca a opinião de ASHWORTH, que insere este direito num grupo intermédio entre os *direitos não derogáveis* (v.g. direito à vida) e os *direitos qualificados*, apelidando-os de *'strong rights'* (pág. 94); e mobiliza, ainda, a posição de FLAUSS, que o enquadra no domínio das garantias processuais, relevante no desenvolvimento dos direitos fundamentais substantivos desenvolvidos na Carta (*ibid*).

³³¹ European Court of Human Rights, 12.2.2004, *Case of Perez v. France*, Application no. 47287/99. Para. 64.

³³² Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), op. cit., pág. 111. A qual «*can be attained only if claimants can assert the rights that they derive from Union law before a national court*».

(por via da possibilidade de um recurso)³³³. E poderíamos mesmo visualizar esse mesmo princípio, de uma ótica da sua funcionalidade prática, através de uma bipartição entre um *prisma externo* – o direito de acesso a um tribunal³³⁴ - e uma *perspetiva interna* – o direito a um tratamento equitativo³³⁵. Para mais, revela-se imprescindível um diálogo com a CEDH com vista a uma interpretação apropriada daquele princípio, à luz dos seus artigos 6.º e 13.³³⁶.

O artigo 6.º deve-se entender como aplicável a casos de concorrência de empresas na União Europeia, por via de uma interpretação extensiva da expressão “*acusação em matéria penal*” (alargando-a a conflitos de direito económico e direito da concorrência, nomeadamente devido à severidade das avultadas sanções económicas, como confirmamos através dos longínquos precedentes do TEDH³³⁷)³³⁸. Aproveitamos para dar especial atenção ao caso *Neste St. Petersburg et al. v. Russia*³³⁹, onde o Tribunal, confrontado com a ausência de conclusões explícitas na sua jurisprudência relativamente à consideração de infrações ao direito da concorrência enquanto matéria penal, procedeu às suas considerações relativamente à natureza do caso, à luz do ordenamento jurídico russo³⁴⁰. O Tribunal viria a concluir que, *in casu*, a confiscação de lucros obtidos ilicitamente recaía sob o domínio regulatório e, portanto, que o artigo 6.º, nº 1, da Convenção, não era aplicável ao caso *sub judice*. Foi apenas em *Menarini* que o Tribunal retirou as conclusões explícitas que buscava

³³³ *Ibid.* Pág. 111.

³³⁴ *Ibid.* Pág. 111. Nesta matéria, *vide* a Decisão do TEDH (Grand Chamber), 15.3.2018, *Case of NAÏT-LIMAN v. Switzerland*, Application no 51357/07, para. 217.

³³⁵ *Loc. cit.*, pág. 112. Art. 47.º, § 2, CDFUE.

³³⁶ Cfr. MACHADO, J. (2014), pág. 292.

³³⁷ European Court of Human Rights, 11.7.1989, *Case of Société Stenuit v. France*, Application 11598/85. «*Even if the Commission were to take the view that the penalty complained of was a criminal penalty for the purposes of Article 6 of the Convention, the Government maintain that the case-law of the [ECHR] does not forbid administrative authorities to impose such penalties provided that the interests of the person concerned are protected by guarantees, particularly the right to appeal to a tribunal satisfying the requirements of Article 6 of the Convention*». *Vide* também a decisão de 25.1.2000, *Case of Aannemersbedrijf Gebroeders Van Leeuwen B.V. v. the Netherlands*, Application no. 32602/96, onde, curiosamente, o Governo Holandês não invocou a inaplicabilidade do art. 6.º da Convenção, permitindo que o Tribunal assumisse que o direito a um processo equitativo se aplica a pessoas legais, nos mesmos termos que a pessoas naturais. Outra decisão relevante do TEDH, que teve lugar em 15.7.2003 (*Case of Fortum Corporation v. Finland*, Application no. 32559/96), serviu para reforçar aquela posição, ao assentar que o artigo 6.º, nº 1 era aplicável a um caso de abuso de posição dominante (art. 102.º, TFUE). *Et. al.*

³³⁸ Cfr. TELEKI, C. (2021), *op. cit.*, pág. 102.

³³⁹ European Court of Human Rights (Third Section), 3.6.2004, Decision as to the admissibility of Applications nos. 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 and 69058/01.

³⁴⁰ Nesta premeditação, o TEDH reparou que o direito da concorrência russo era aplicável exclusivamente a relações que influenciassem mercados de produtos, com um escopo de aplicação restrito.

tão exaustivamente, onde aplicou os chamados “*critérios de Engel*”³⁴¹ para assentar unanimemente que a norma é aplicável ao sancionamento por infrações ao direito da concorrência³⁴². O Acórdão *Produkcija Plus v Slovenia*³⁴³ foi particularmente útil para enaltecer o terceiro critério de *Engel*, para determinar se os procedimentos-alvo constituem acusações criminais para efeitos da norma convencional³⁴⁴.

O processo justo será, concluímos, o que permite à parte acusada (no campo da concorrência, a empresa) reunir as condições idóneas a uma defesa justa perante as acusações de que é alvo. Claro é que a exigência de defesa justa da empresa pressupõe um conjunto de circunstâncias (dependentes da ação e vontade da Comissão e das autoridades jurisdicionais confrontadas), sem as quais não lhe será possível construir uma base de factos argumentativo-probatórias suficiente para fazer valer o seu caso (considerando que tal defesa se edificará com base numa análise *in concreto*, à luz das normas europeias, e não só assente no mero relato da sua versão dos factos). Alguns desses pressupostos, observaremos infra, dependem essencialmente do tempo que tem para fundamentar a sua posição (i.e. do respeito pelo princípio do prazo razoável), das características do órgão decisor (na sua idónea legalidade, imparcialidade e independência), do acesso aos documentos que estruturam a acusação da Comissão, e do direito a expô-los, escrita e

³⁴¹ Com origem na decisão do TEDH de 8.6.1976, *Case of Engel and Others v. the Netherlands* (Applications nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72). Acompanhando a *ratio* explanada pelo Advogado-Geral CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA no processo C-524/15 (*Case of Menci Luca*) o primeiro critério é relativo à qualificação da infração conforme o direito nacional “*que o TEDH considera apenas como ponto de partida para determinar se uma sanção tem «caráter penal»*” (para. 46); o segundo critério prende-se com a natureza da infração, segundo fatores como os destinatários da regra sancionatória (se se destinar ao público geral, tende a assumir caráter penal), o seu objetivo (só terá natureza penal se a sanção prevista portar finalidades de repressão e prevenção) e o bem jurídico tutelado, que será penal se o objeto consistir na salvaguarda de bens jurídicos habitualmente tutelados por normas de direito penal (para. 47); o critério final prende-se com a natureza e severidade da sanção, sob a premissa de que as penas privativas de liberdade e as sanções pecuniárias cujo incumprimento se possa traduzir numa prisão de substituição, ou que impliquem uma inscrição no registo criminal, revestirão, em princípio, natureza penal (para. 48).

³⁴² Não poderíamos dizer isto de forma pacífica, p.e., sobre os processos relativos a fusões de empresas, que se destinam principalmente a preservar o *status* concorrencial pré-existente no mercado. Cfr. BERGHE, P. (2019), *Recent Developments in the Case-Law of the ECtHR on the Right to a Fair Trial in Competition Proceedings*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, No. 8, pág. 488.

³⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.10.2018, *Produkcija Plus Storitveno Podjetje v Slovenia*, Application no. 47072/15.

³⁴⁴ Cfr. BERGHE, P. (2019), op. cit., pág. 488. Na falta de penalidades severas (coimas de valores exorbitantes), os procedimentos da concorrência que visam restaurar o funcionamento regular do mercado (não prossequindo um papel tão punitivo) não revestem natureza criminal e, portanto, as garantias mais rigorosas do número 3 do artigo 6.º não se aplicam. Isto permite concluir que o direito a uma audiência justa não se aplica, necessariamente, de modo uniforme em todos os procedimentos europeus de concorrência (o Autor distingue, exemplificando, as decisões tomadas com base no artigo 7.º do Regulamento n.º 1/2003 e no seu artigo 9.º).

oralmente, perante um órgão jurisdicional (apesar de o tribunal não ser o único corpo destinado a tutelar o respeito por esses direitos de defesa)³⁴⁵.

Antes de o acesso a direitos de defesa – e respetiva salvaguarda – se tornar um tema premente no decorrer de um processo, há que questionar e colocar à prova o sistema de acesso à justiça. Mais precisamente, há que interrogar “que justiça”³⁴⁶ será exigida pelas noções de *fair trial*, de *due process* e pelos restantes princípios fundamentais. Mais importante, embora complexo, será a justificadamente extensa ramificação dos princípios integrados no direito a um processo justo e equitativo *lato sensu*. Principiando pelo próprio acesso a um tribunal, passando pelas características idóneas e deveres do órgão jurisdicional, e culminando no direito ao recurso, vejamos as múltiplas dimensões englobadas sob o artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem, à luz de legislação e jurisprudência europeia. Ultimamente, almejamos retirar conclusões relativamente ao impacto e salvaguarda dos mesmos princípios que, de seguida, serão elencados, sobre o direito europeu da concorrência (em especial, da parte das empresas).

3.2. Direito fundamental de acesso à justiça

Os princípios tipicamente exercidos perante a ‘*Lady Justice*’ europeia³⁴⁷ desabrocham daquele primeiro princípio que é o acesso fundamental ao direito e à justiça, concebido essencialmente pela necessidade de resolução de conflitos, de identificar mecanismos que permitam essa resolução, e de os manter atuais e adequados às necessidades que cada realidade social levante, independentemente do seu tempo e local³⁴⁸. Partindo do pressuposto de que o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos é elemento indispensável a um

³⁴⁵ Vide ASIMOW e DUNLOP *apud* SHIPLEY (2008), *Due Process Rights Before EU Agencies: The Rights of Defense*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 37, Number 1, pág. 12-13.

³⁴⁶ Melhor explicando, há que determinar os valores e critérios basilares de um processo justo e equitativo sob a *rule of law*, aos olhos do legislador e da jurisprudência pertinente.

³⁴⁷ Não só para a jurisdição europeia e nacional, como para as autoridades da concorrência nacionais, recorda MUNDT, A. (2010), *Competition, Sanctions and Due Process in Troubled Times*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, No. 5, pág. 377.

³⁴⁸ Fazendo frente aos constantes obstáculos àquele acesso (sendo os mais comuns de natureza económica e estrutural) e à necessidade de reformas e políticas públicas que iluminem as lacunas mais prementes. Cfr. BRANCO, P. (2019), *Acesso ao Direito à Justiça*, Dicionário Alice, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, consultado a 22.06.2023.

Estado de Direito, o que, só por si, subentende um acesso geral e livre ao sistema jurídico e judicial, podemos depreender o papel central deste princípio fundamental³⁴⁹. No ordenamento jurídico português, este direito fundamental encontra consagração no catálogo da Constituição da República Portuguesa (art. 20.º), na sua essencialidade para o respeito pela dignidade da pessoa humana, para os pilares da democracia³⁵⁰ e para a plena efetividade do direito da União Europeia³⁵¹. Embora a sua inserção sistemática na CRP não permita o seu enquadramento explícito no elenco de direitos, liberdades e garantias, o artigo 17.º permite que beneficie do mesmo regime específico, enquanto direito de natureza análoga. Também no plano jurídico internacional encontramos a previsão expressa deste direito fundamental na CDFUE (art. 47.º)³⁵².

Mantendo presente a esquemática da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, há que dedicar especial atenção para o seu Título VI (“*Justiça*”), onde o legislador consagrou alguns aspetos fulcrais integrantes do direito à tutela jurisdicional efetiva e das salvaguardas garantísticas, inerentes às exigências de justiça da dignidade da pessoa humana³⁵³. Assim os direitos de ação e a um tribunal imparcial (art. 47.º), a presunção de inocência e direitos de defesa (art. 48.º), os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (art. 49.º), e o do *ne bis in idem* (art. 50.º). Esta esquemática sugere que os conceitos associados ao processo justo e equitativo anda, igualmente, de mão dada com os direitos fundamentais de raiz jurídico-criminal, aos quais dedicaremos também espaço de análise.

³⁴⁹ Cfr. PEDROSO, J. (2012), *Acesso ao Direito e à Justiça*, in “Dicionário das Crises e das Alternativas”, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra, pág. 17-18. «*Aceder ao direito e à justiça significa a conquista da cidadania e alcançar o estatuto de sujeito de direito e de direitos*».

³⁵⁰ Assim a referência, na letra da norma, do direito a uma decisão em prazo razoável e a um processo equitativo (nº 4) e à tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais (nº 5).

³⁵¹ Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), *op. cit.*, pág. 111.

³⁵² As disposições da Carta relativas a esta matéria devem ser lidas no sentido da consagração das garantias associadas a uma Constituição criminal (i.e. o *ne bis in idem* e o princípio da legalidade criminal). Cfr. RIQUITO, A. L. (2001), *ibid*, pág. 65.

³⁵³ Cfr. MACHADO, J. (2014), *idem*, pág. 292.

3.3. Os princípios imperativos do processo justo e equitativo *lato sensu*

Enquanto conceito geral e abstrato, multifacetado, o processo justo e equitativo pode ser alvo de uma análise, tanto teórica como casuística, por qualquer uma das suas dimensões. Propõe-se uma repartição entre os subprincípios que servem de base à jurisprudência do TEDH e do TJUE. Para o efeito, distinguimos as temáticas, entrelaçadas indissociavelmente, das características e salvaguardas pretendidas do tribunal-decisor, da razoabilidade do tempo para a decisão, do direito a ser ouvido, do direito a uma fiscalização jurisdicional sobre as decisões das autoridades administrativas, e dos elementos que compõem uma defesa justa³⁵⁴.

a) *Do Tribunal isónomo*

No processo *Guincho*³⁵⁵, o TEDH reconheceu sobre os Estados-membros uma obrigação de organizar os seus sistemas legais de forma a que esteja assegurado o cumprimento das exigências do artigo 6.º da Convenção³⁵⁶. Já em *Golder*³⁵⁷, o TEDH reconheceu que incorpora o direito de acesso a um tribunal³⁵⁸, embora não constitua um direito absoluto³⁵⁹.

³⁵⁴ Acerca dos parâmetros do processo justo entre o intercâmbio de informações da Comissão e das ANC (art. 12.º do Regulamento n.º 1/2003) e da sua compatibilidade com a admissibilidade e obtenção disforme de prova em ordenamentos distintos, *vide* ANDREANGELI, A. (2017), *Competition Law and Fundamental Rights*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8, No. 8, pág. 526 e segs.

³⁵⁵ European Court of Human Rights, 10.7.1984, *Case of Guincho v. Portugal*, Application no. 8990/80.

³⁵⁶ Número 38. «*In particular, Portugal undertook the obligation of organising its legal system so as to ensure compliance with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1), including that of trial within a “reasonable time”*».

³⁵⁷ European Court of Human Rights (Plenary), 21.2.1975, *Case of Golder v. The United Kingdom*, Application no. 4451/70.

³⁵⁸ Número 35. «*It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court*».

³⁵⁹ Sendo que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, não foge à regra do âmbito limitado de aplicação, e que, nesses termos, o preceito apenas se deverá considerar aplicável para o propósito de determinar direitos e obrigações civis ou acusações criminais. Se a instância não considerar que o procedimento-objeto não Cfr. TELEKI, C. (2021), *ibid*, pág. 101.

Conforme mencionado anteriormente, a compatibilidade do direito a um processo equitativo com o modelo europeu de justiça foi confirmada no já mencionado Acórdão *Menarini*³⁶⁰, onde o TEDH esclareceu que a condenação de uma empresa a uma sanção pecuniária, por uma autoridade administrativa independente, não atenta contra o direito a um processo equitativo, contanto que o arguido possa recorrer a um tribunal que salvguarde as garantias do artigo 6.º da CEDH³⁶¹. A jurisprudência do TEDH nesta matéria dispõe que um tribunal é compatível com os requisitos da Convenção quando seja estabelecido por lei, independente e imparcial³⁶².

A *previsão legal* é um requisito geral, que visa assegurar que a organização judicial numa sociedade democrática não dependa do poder discricionário do executivo, sendo regulado por atos legislativos emanados de uma assembleia legislativa³⁶³. Quanto aos tribunais especializados, serão compatíveis com o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH se forem estabelecidos e dotados por lei com a função de adjudicar casos³⁶⁴.

Relativamente ao parâmetro da *independência* do tribunal, podemos categorizar a rica jurisprudência do TEDH nesta matéria entre salvaguardas que possam vir a compensar uma falta de independência³⁶⁵, o dever de não interferência no poder judicial³⁶⁶, o cúmulo de

³⁶⁰ Cour Européene des Droits de l'Homme (Deuxième Section), 27.9.2011, *Case of Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Requête n.º 43509/08.

³⁶¹ Para. 58 e 59 do Acórdão *Menarini*. No caso *sub judice*, o Tribunal de Estrasburgo destacou mesmo que as instâncias judiciais italianas ultrapassaram um mero controlo de legalidade: verificou se a autoridade administrativa exerceu corretamente os seus poderes (naquelas circunstâncias *in concreto*, analisado o fundamento e proporcionalidade das suas escolhas) e se determinou adequada e proporcionalmente a sanção. Cfr. MOURA E SILVA (2020), op. cit., pág. 324.

³⁶² Cfr. TELEKI, C. (2021), op. cit., pág. 164.

³⁶³ P.e. European Court of Human Rights (Fourth Section), 5.10.2010, *Case of DMD GROUP, A.S. v. SLOVAKIA*, Application no. 19334/03. Para 60. Também do TEDH, 28.4.2009, *Case of Savino and Others v. Italy*, Applications nos. 17214/05, 20329/05 and 42113/04. Para. 92 e 94.

³⁶⁴ Vide a decisão do Tribunal de Estrasburgo de 18.12.1980, *Case of Crociani and others v. Italy* (Applications nos. 8603/79, 8722/79, 8723/79 and 8729/79, pág. 220 e segs.).

³⁶⁵ Uma matéria abordada em sede de jurisdição do Conselho da Europa, e.g., nas Decisões do TEDH de 1.10.1982 (*Case of Piersack v Belgium*, Application no. 8692/79, para. 27), de 30.11.2010 (*Case of Henryk Urban and Ryszard Urban v Poland*, Application no. 23614/08, para. 53) e de 22.11.1995 (*Case of Bryan v the United Kingdom*, Application no. 19178/91, para. 38).

³⁶⁶ Assim p.e. na decisão de 25.7.2002, *Case of Sovtransavto Holding v Ukraine* (Application no. 48553/99), onde o TEDH estabeleceu que a intervenção de autoridades nacionais de alta patente nos procedimentos, nos termos descritos (para. 18, 20, 22 e 24) era incompatível *ipso facto* com a noção de tribunal independente, para efeitos do artigo 6.º da Convenção (para. 80). Vide também a sua decisão de 19.4.2011, *Case of Khrykin v Russia* (Application no. 33186/08), onde o Tribunal reforçou a necessidade de independência, para que um Tribunal consiga inspirar confiança na *communitas* (para. 27). Para efeitos do artigo 6.º da CEDH, a Corte esclareceu que deveria haver independência individual e institucional para a tomada de decisão imparcial (para. 28). De assinalar, ainda, a Decisão do TEDH (Primeira Secção) de 22.12.2009, *Case of Parlov-Tkalčić v*

funções³⁶⁷, e o princípio de que a justiça não deve apenas ser realizada, devendo também aparentar sê-lo³⁶⁸. Será a independência do Tribunal um fim em si mesmo, ou deveria ser prosseguido instrumentalmente em relação a outros objetivos? Seguindo a opção ulterior, que objetivos seriam centrais? Levantando estas questões, e outras, TELEKI considera que a jurisprudência do TEDH está suficientemente munida para lhes dar resposta, independentemente da natureza da disputa em causa³⁶⁹.

Finalmente, havendo que considerar o parâmetro da *imparcialidade* deste tribunal-modelo (consoante um modelo teórico e idóneo às exigências desenhadas pelo legislador e, simultaneamente, em sede de *case-law*), associado a uma liberdade de tendências ou inclinações (“*freedom from bias*”³⁷⁰), sugere-se uma aproximação personalizada, através da ponderação dos factos, das provas e da *ratio* do juiz, juntamente com a sua suscetibilidade de influência por circunstâncias acessórias como a formação jurídica do juiz, as suas preferências pessoais, morais... (i.e., deve ser considerada uma potencial remodelação destes elementos, mas não se deve abdicar da imparcialidade enquanto corolário do princípio do *fair trial*, indispensável à concretização de um sistema de justiça que transmita confiança

Croatia (Application no. 24810/06), onde ficou reforçada a necessidade de respeito da independência do Tribunal por uma vertente interna (para. 86), de tomar em conta certas características institucionais ao proceder a essa análise (para. 88 a 90), e de limitar os poderes do juiz hierarquicamente superior (para. 91 a 93).

³⁶⁷ Sob a tese de que o cúmulo de funções é prejudicial à independência da justiça (TELEKI, pág. 168), também nesta matéria se registou uma notória evolução na jurisprudência de Estrasburgo. Destaca-se, entre outros, a remota decisão de 25.2.1997, *Case of Findlay v the United Kingdom* (Application no. 22107/93), onde o Tribunal encontrou sérias incompatibilidades e dúvidas relativamente a independência e cúmulo de funções do oficial convocante (para. 75 e 77). Também a decisão de 24.11.1994, *Case of Beaumartin v France* (Application no. 15287/89), sobre um pedido de compensação por expropriação das ações de uma empresa em Marrocos, onde o demandante foi ouvido tanto por um comité *ad hoc* com representantes dos diferentes Ministérios, como pelo *Conseil d'Etat*, onde o envolvimento da administração assemelhou a disputa a um conflito entre as partes e o Ministério, sendo este último, só por si, um decisor na situação (para. 38). Finalmente, num universo tão vasto de casos em que o TEDH abordou a questão da independência e imparcialidade do Tribunal (art. 6.º da CEDH), veja-se o Acórdão no *Case of Didier v France* (Application no. 58188/00), de 27.8.2002, relativamente à determinação de alguma irregularidade face ao princípio da imparcialidade, quando o relator de um caso participa tanto na investigação, como nas deliberações.

³⁶⁸ Cfr. TELEKI, C. (2021), op. cit., pág. 166. A Autora assinala que a “Teoria das Aparências” é uma das mais importantes doutrinas desenvolvidas pelo TEDH para determinar a independência e imparcialidade dos Tribunais (pág. 173 e segs.). Nomeadamente, podemos assistir ao reconhecimento judicial deste adágio nos precedentes *Delcourt* (Chamber, *Case of Delcourt v Belgium*, Application no. 2689/65, 17.1.1970, para. 31) e *Belilos* (Plenary, *Case of Belilos v Switzerland*, Application no. 10328/83, 29.4.1988, para. 67).

³⁶⁹ Cfr. TELEKI, C. (2021), op. cit., pág.184. Hoje, não contamos apenas com a perspetiva jurídico-criminal de independência e imparcialidade judicial, assistindo já a um alargamento que se estende aos vários tipos de disputa entre cidadão e Estado.

³⁷⁰ Cfr. TELEKI, C. (2021), *ibid.*, pág. 180. Uma situação que contemporaneamente se começa a aproximar da utopia, não obstante a nobreza da sua teleologia, de assegurar que o decisor e o caso concreto contem com um caminho translúcido entre si, iluminado em exclusivo por factos, provas e pelo raciocínio do julgador.

e provoque coesão social)³⁷¹. Para auferir essa imparcialidade, o TEDH avalia envolvimento prévios da pessoa do juiz³⁷², assim como manifestações suas relativamente ao desenrolar do processo, antes da respetiva tramitação se dar por concluída³⁷³.

No que diz respeito às salvaguardas da imparcialidade e independência da Justiça, e aos contributos para evitar abusos durante processos judiciais, o Tribunal sublinhou que regras claras sobre a nomeação ou remoção de decisores pela Administração, a presença de especialistas técnicos e generalistas nos tribunais gerais, e as regras internas sobre a separação de poderes poderão ser manifestamente benéficas. Na linha da conceção do artigo 6.º da CEDH e da jurisprudência de Estrasburgo, podemos afirmar que a ausência de independência individual pode ser compensada, através das garantias reforçadas de um processo justo e equitativo, ou corrigida, mediante a eventual interposição de recurso³⁷⁴. A contrário, não será possível compensar, ou corrigir por um controlo judicial, a falta de independência que seja estrutural (como assistimos em *Beaumartin*³⁷⁵, há situações judiciais em que o direito ao recurso não basta para compensar um lapso de independência, p.e. porque a deferência por parte de um tribunal a uma autoridade administrativa que exerce funções judiciais sem independência não é compatível com o direito a um processo justo³⁷⁶)³⁷⁷. Por fim, e encerrando esta reflexão sobre o contributo da jurisprudência europeia para a compreensão e aplicação do direito fundamental a um processo justo e equitativo, o TEDH aparenta sugerir um relacionamento de proporcionalidade direta entre as consequências da falta de independência e as salvaguardas existentes (como indicia particularmente em *Sigma*

³⁷¹ Cfr. TELEKI, C. (2021), *idem*. A Autora destaca, ainda, que na difícil missão de testar a imparcialidade na sua jurisprudência, o TEDH emprega algumas das mesmas noções a que recorre para avaliar a independência dos Tribunais (pág. 180).

³⁷² Vide p.e. em *Hauschildt* (Plenary, 24.5.1989, *Case of Hauschildt v Denmark*, Application no. 10486/83, para. 43 e 48), em *Fey* (Chamber, 24.2.1993, *Case of Fey v Austria*, Application no. 14396/88, para. 28 e 32 e segs.) e em *Elezi* (Fifth Section, 12.6.2008, *Case of Elezi v Germany*, Application no. 26771/03, para. 47 e 51 e segs.).

³⁷³ Assim p.e. em *Olujić* (First Section, 5.2.2009, *Case of Olujić v Croatia*, Application no. 22330/05, para. 62 e segs.) e em *Kingsley* (28.5.2002, *Case of Kingsley v the United Kingdom*, Application no. 35605/97, para. 50).

³⁷⁴ *Ibid*. Se um decisor estivesse previamente envolvido num processo, representando uma potencial ameaça à independência e imparcialidade do processo, poderá constituir uma situação sanável por meras regras processuais que versem sobre a publicidade dessa participação prévia (ou poderá ser corrigida *a posteriori*, por mecanismos de controlo judicial). No fundo, uma falha dessa natureza poderá ser sanada, se o processo facilitar uma avaliação e correção de falta de independência (pág. 186).

³⁷⁵ European Court of Human Rights, Court (Chamber), *Case of Beaumartin v France*, Application no. 15287/89, 24.11.1994.

³⁷⁶ Para. 34 e segs.

³⁷⁷ Cfr. TELEKI, C. (2021), *op. cit.*. «Indeed, judicial review can play a role as a safeguard for the independence of justice only when the lack of independence is personal, not structural» (pág. 186).

Radio Television Ltd, em que se destacou que as coimas impostas por uma autoridade administrativa, cumulando funções acusatórias e decisórias, seriam determinadas com vista à remuneração dos seus funcionários³⁷⁸)³⁷⁹.

b) *Do direito de ‘audiência’*

Em defesa do princípio do contraditório, certamente, no decorrer do processo sancionatório especial do direito da concorrência, as partes devem ter oportunidade de dar a conhecer a sua versão da verdade, além de alegar factos, circunstâncias e acrescentar provas. Hoje, é pacífico que a oportunidade de ser ouvido não é estranho aos ordenamentos portugueses³⁸⁰ e europeu³⁸¹. Atentando ao Direito da União Europeia, observamos que esta premissa fundamental, com origem no princípio *audi alteram partem* e desenvolvido num contexto de escrutínio dos procedimentos sancionatórios da concorrência europeia³⁸² tem abrigo no direito primário (v.g. no artigo 108.º, nº 2, do Tratado), no direito secundário (p.e., no art. 27.º, nº 1, do Regulamento n.º 1/2003), e que deriva, ainda, do princípio geral nos termos do qual qualquer pessoa que receie pela afetação dos seus direitos, liberdades e interesses legítimos, no decorrer de um processo administrativo, deve beneficiar da faculdade de invocar todos os factos, argumentos e provas em sua defesa, por forma escrita³⁸³

³⁷⁸ European Court of Human Rights, Fifth Section, *Case of Sigma Radio Television Ltd v Cyprus*, Applications nos. 32181/04 and 35122/05, 21.7.2011. Para. 129

³⁷⁹ Cfr. TELEKI, C. (2021), *ibid*, pág. 186-187.

³⁸⁰ Plasmado, exemplarmente, na legislação administrativa (e.g., o artigo 100.º do Código de Procedimento Administrativo), na legislação que instituiu a mera ordenação social e processo correspondente (v.g., o artigo 50.º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro) e reconhecido na jurisprudência lusa (assim p.e. o ‘recente’ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.01.2018, proc. 5/17.2T9AGN.C1).

³⁸¹ Além das fontes jurídicas mencionadas adiante, é de destacar o seu amplo acolhimento jurisdicional, tanto por parte do TJUE – confirmaremos de seguida – como em sede do TEDH, p.e. em *Produkcija Plus Storitveno Podjetje v Slovenia* (analisado infra, no seguimento da supervisão jurisdicional efetiva), em que o Tribunal determinou, relativamente a determinados casos, que uma audição oral poderá ser essencial à proteção dos interesses do acusado, nomeadamente para desafiar as conclusões de agentes de autoridades administrativas da concorrência (para. 54). No mesmo processo o Supremo Tribunal sérvio não reconheceu um pedido formalizado de audiência oral, nem alinhou quaisquer motivos para não a conceder (para. 58).

³⁸² Cfr. ANDRANGELI, A. (2017), *Competition Law and Fundamental Rights*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8, No. 8, pág. 532.

³⁸³ Na prática, isto acontece em resposta ao *Statement of Objections*. Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), *The Role of the Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 2, No. 3 pág. 188.

ou oral, antes e depois da tomada de decisão administrativa³⁸⁴. Inclui, ainda, a titularidade da empresa investigada a receber as acusações fundamentadas pela Comissão, podendo contestá-las em sua defesa e, com este propósito, aceder a todas provas (incriminatórias ou não) reunidas pelos agentes investigadores³⁸⁵.

Em 1977, o Comité de Ministros do Conselho da Europa adotou a Resolução (77)31, relativa à proteção das pessoas em relação aos atos das autoridades administrativas³⁸⁶. No seu preâmbulo, o Comité reconheceu as diferenças existentes entre os sistemas legais e administrativos dos Estados-membros³⁸⁷, aditando uma nota sobre o consenso e a vitalidade em torno dos princípios fundamentais que devem nortear os procedimentos administrativos, assim como da necessidade de assegurar a equidade nas relações entre os indivíduos e as autoridades administrativas³⁸⁸. Entre os princípios enumerados, destaca-se o elementar direito de audiência (“*right to be heard*”³⁸⁹), com que também PAIS ANTUNES, debruçando-se sobre os princípios fundamentais em matéria de respeito dos direitos de defesa³⁹⁰, inaugura o seu elenco, sob a denominação de direito fundamental de “*audiência*”³⁹¹. Mais tarde, por via da supra referenciada CDFUE (2000)³⁹², as políticas comunitárias positivaram este *right to be heard*, enquanto colateralidade normativa do direito fundamental a uma boa

³⁸⁴ Cfr. PAIS ANTUNES (1995), pág. 106, LENAERTS, MASELIS e GUTMAN (2014), pág. 373, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.10.1974, *Transocean Marine Paint Association v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 17/74, para. 15.

³⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 10.7.2008, *Bertelsmann AG e Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, proc. C-413/06 P, para. 61, 63 e 66.

³⁸⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities, adopted on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers’ Deputies.

³⁸⁷ Também assim as marcantes disparidades entre as soluções propostas pelos modelos de *common law* e de *civil law*, realçadas nesta matéria por SHIPLEY, D. E. (2008), op. cit., pág. 8-10.

³⁸⁸ 2.º Considerando da Resolução (77)31.

³⁸⁹ Appendix to Resolution (77)31, I Principle. «1. *In respect of any administrative act of such nature as is likely to affect adversely his rights, liberties or interests, the person concerned may put forward facts and arguments and, in appropriate cases, call evidence which will be taken into account by the administrative authority*».

³⁹⁰ Considerados amplamente pelo Autor, abrangendo “*todos os direitos e instrumentos adequados que o administrado pode fazer valer perante a administração*”. Cfr. PAIS ANTUNES (1995), op. cit., pág. 104/105.

³⁹¹ Vide PAIS ANTUNES, *ibid*, pág. 106. A preferência por esta nomenclatura, explica o Autor, parte da obra de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, e também assim, da letra do artigo 32.º da Constituição.

³⁹² Relativamente ao seu papel e conteúdo na Carta, vide RABINOVICI, I. (2012), *The Right to be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Public Law, Vol. 18, Issue 1, Wolters Kluwer, pág. 149-173.

administração (artigo 41.º, nº 2, al. a), da Carta³⁹³). Apesar da natureza não vinculativa da Carta³⁹⁴, o direito a ser ouvido ‘veio para ficar’, ficando assente o seu reconhecimento em *case-law* do Tribunal de Justiça³⁹⁵ (p.e., e além das decisões supra citadas, nos processos apensos 8/66 a 11/66³⁹⁶). A audição do destinatário (assim como o respeito pelos direitos de defesa, entre outros) acaba por se configurar como um requisito indispensável ao processo³⁹⁷, e a sua falta constitui fundamento suficiente para um recurso de anulação, nos termos do contencioso da União³⁹⁸ (artigo 263.º do TFUE).

Em respeito deste direito fundamental, o destinatário deverá ser notificado atempadamente³⁹⁹, efetivamente⁴⁰⁰ e pessoalmente⁴⁰¹ de toda a informação da acusação que possa conter utilidade para a construção da sua defesa⁴⁰². De igual modo, o alvo da investigação tem o direito de ser informado dos fundamentos da acusação, de modo

³⁹³ Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Artigo 41.º. Número 2. Alínea a). «O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente».

³⁹⁴ Conforme nota SHIPLEY, D. (2008), op. cit., pág. 10.

³⁹⁵ Vide p.e. os contributos jurisprudenciais enxertados por BEQIRAJ, P. (2016), *The Right to Be Heard in European Union – Case Law of the Court of Justice of the European Union*, European Journal of Multidisciplinary Studies, Jan-Apr 2016, Vol. 1, Nr. 1.

³⁹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.3.1967, *Société Anonyme Cimenteries C.B.R. Cementsbedrijven N.V. et al. v Commission of the European Economic Community*, Proc. apensos 8/66 a 11/66. Pág. 562. «O silêncio do texto, numa matéria que afeta a garantia dos direitos dos particulares, não pode conduzir à interpretação que lhes é mais desfavorável».

³⁹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.2.1970, *Comissão das Comunidades Europeias v República Italiana*, proc. 31/69, para 13.

³⁹⁸ Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), op. cit., pág. 372.

³⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.7.1972, *Cassella Farbwerke Mainkur AG v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 55/69, para. 13-15. No caso, o período de 12 dias não prejudicaria a defesa.

⁴⁰⁰ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 17.12.1991, *SA Hercules Chemicals NV v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-7/89, para. 51-54. «[A] Comissão tem a obrigação de tornar acessível às empresas implicadas num processo [por infração ao direito da concorrência] o conjunto dos elementos contra e a favor que recolheu no decurso das diligências de instrução, com a ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, documentos internos da Comissão e outras informações confidenciais».

⁴⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 2.10.2003, *ARBED SA v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-176/99, para. 19-25. No processo em questão, uma decisão dirigida a uma empresa-mãe, relativa a uma infração às regras da concorrência europeia, foi anulada, em virtude de ser dirigida somente à respetiva empresa subsidiária. Não deixa de ser uma solução pouco ortodoxa, se observada à luz da *simple economic entity doctrine*, que dita que as *parent companies* podem ser sancionadas por infrações das suas subsidiárias às regras da concorrência. Sobre a matéria, vide KOENIG, C. (2017), *An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, Journal of Competition Law & Economics, 13(2), Oxford University Press (pág. 281-327) e ODUDU, O., BAILEY, D. (2014), *The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, Common Market Law Review 51, Kluwer Law International (pág. 1721-1758).

⁴⁰² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) de 29.6.1995, *Imperial Chemical Industries plc v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-36/91, para. 69-70.

suficiente à construção de uma defesa justa⁴⁰³. O convite à audição da entidade não carece de uma descrição muito exaustiva, mas deve possibilitar que o destinatário consiga estabelecer contacto com a autoridade administrativa responsável⁴⁰⁴.

A propósito do funcionamento destas audições, é de louvar o crescente respeito pela posição jurídica da empresa, visível, por exemplo, na entidade que preside a audição (inicialmente presidida pela mesma entidade que dirige as investigações⁴⁰⁵, progredindo até ao modelo do Auditor independente⁴⁰⁶, em 1982⁴⁰⁷). O respeito pelo direito de audição (em tempo útil) dos interessados é condição indispensável à concretização do modelo pretendido pelo Direito da União Europeia, em cumprimento do exigido pelo direito fundamental a um processo justo e equitativo, característico da *rule of law* (artigo 6.º da CEDH).

Como já se fez questão de notar, a aplicação das regras jusconcorrenciais não fica indiferente a este princípio, dedicando-lhe expressão no artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003⁴⁰⁸, assim como nos artigos 12.^o⁴⁰⁹ a 14.º do Regulamento n.º 773/2004. Em

⁴⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 27.10.1977, *Alessandro Moli v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 121/76, para. 19-20. Ao nível deste requisito, há ainda que considerar jurisprudência relativa a p.e. uma (excecional) decisão de congelar fundos (como o Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça de 21.12.2011, *República Francesa v People's Mojahedin Organization of Iran*, proc. C-27/09 P, nos seus para. 61-62, em que se determinou que o Conselho não tinha de comunicar previamente ao destinatário os motivos nos quais a instituição se baseava para incluir a sua identificação, com vista a não prejudicar a eficácia da medida, através de um efeito-surpresa), ou referente às observações tecidas, pela pessoa, na exposição de motivos, em que a autoridade da União competente tem a obrigação de examinar “*com cuidado e imparcialidade*” o fundamento dos motivos alegados e eventuais motivos ilibatórios (p.e. o Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça de 18.7.2013, *Comissão Europeia v Yassin Abdullah Kadi*, proc. apensos C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, para. 114-115).

⁴⁰⁴ Cfr. POHL, J. H. (2018), *The Right to be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard – Due Process, Transparency and the Rule of Law*, CERiM Online Paper 6/2018, Centre for European Research in Maastricht, University of Maastricht, pág. 9.

⁴⁰⁵ A Comissão, representada pela Direção-Geral da Concorrência. Vide o Artigo 1.º do Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963. Vide PAIS ANTUNES (1995), op. cit., pág. 108. O Autor assinalou a marcante figura do “*conselheiro auditor*”, que presidia às audições desde 1982, e tinha a principal missão de assegurar o respeito dos direitos de defesa das empresas, contribuindo para a aplicação correta e eficaz das normas do Tratado (*idem*, pág. 109). Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), *Ibid*, pág. 186.

⁴⁰⁶ Artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004.

⁴⁰⁷ Commission of the European Communities (1982), *Twelfth Report on Competition Policy*, pág. 41 e segs. Commission of the European Communities (1984), *Thirteenth Report on Competition Policy*, pág. 64-65. Embora a sua verdadeira independência face à Comissão apenas tenha sido atingida pelos *Terms of Reference* do Auditor de 2001. Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), op. cit., pág. 188.

⁴⁰⁸ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002. Artigo 27.º. «1. Antes de tomar as decisões previstas nos artigos 7.º, 8.º e 23.º e no n.º 2 do artigo 24.º, a Comissão dá às empresas ou associações de empresas sujeitas ao processo instruído pela Comissão oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas».

⁴⁰⁹ Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004. Artigo 12.º e segs.. «A Comissão dará aos interessados directos (...) a oportunidade de desenvolverem os seus argumentos numa audição oral, se aquelas o tiverem solicitado nas observações escritas».

determinados procedimentos de concorrência⁴¹⁰, o Auditor desempenha o principal papel de “salvaguardar o exercício efetivo dos direitos procedimentais ao longo de todo o procedimento perante a Comissão, nomeadamente o direito de ser ouvido”⁴¹¹ (abrangendo os direitos processuais, não só das partes envolvidas, como também dos queixosos e de terceiros interessados⁴¹²). De modo a garantir o desempenho adequado do seu papel de guardião do direito de ser ouvido, nos termos do mandato do auditor⁴¹³, este tem as tarefas de decidir sobre pedidos de terceiros para serem ouvidos como terceiros interessados no processo (art. 5.º), decidir sobre os pedidos de participação dos autores da denúncia e dos terceiros interessados em audições orais (art. 6.º), decidir sobre litígios relativos ao acesso ao processo da Comissão ou a documentos e informações (art. 7.º) e relativos à divulgação de segredos comerciais e outras informações confidenciais (art. 8.º), organizar e presidir a audições orais e, *a posteriori*, informar o Comissário da Concorrência (arts. 10.º a 14.º) e assegurar que a decisão final da Comissão não se baseia em objeções sobre as quais as partes-objeto não tenham sido ouvidas (art. 16.º).

O auditor, responsável em primeira linha por assegurar o respeito por este direito fundamental, tem responsabilidades pela sanidade processual e pela tutela de direitos processuais a partir do momento em que a Comissão notifica acerca da acusação ao potencial infrator da concorrência⁴¹⁴ (apesar de as partes contactarem o Auditor previamente à notificação, acerca de incidentes da fase de investigação, a entidade não conta com poderes formais nesta matéria⁴¹⁵, limitando-se a expor alguma situação dúbia no relatório final⁴¹⁶). É pela comunicação de acusações que a empresa é informada dos elementos essenciais sobre

⁴¹⁰ Englobados pela *Decisão do Presidente da Comissão Europeia de 13 de outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência (2011/695/UE)*.

⁴¹¹ Considerando 9 da Decisão 2011/695/UE.

⁴¹² Considerando 3 da Decisão 2011/695/EU.

⁴¹³ Decisão 2011/695/UE, de 13 de outubro de 2011.

⁴¹⁴ Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), *op. cit.*, pág. 188.

⁴¹⁵ Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), *ibid*, pág. 188-189. Nestes casos, o papel do Auditor basta-se em mediar a disputa entre a parte e a Comissão.

⁴¹⁶ V.g. o Relatório final do auditor no Processo COMP/38.589 – *Estabilizadores térmicos (2010/C 307/04)*. «[As requerentes] alegaram que os seus direitos de defesa haviam sido violados devido ao facto de não terem sido informados atempadamente da investigação de que eram objeto (...)». O auditor remete para os paras. 56 e 58 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção alargada) de 8.7.2008, *AC-Treuhand v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-99/04.

os quais a Comissão se baseia e, portanto, é só depois do envio desta que a empresa pode fazer valer plenamente os seus direitos de defesa⁴¹⁷.

c) *Da razoabilidade do prazo*

Observando a jurisprudência de Estrasburgo, notamos que o prazo razoável, em que a causa deve ser examinada pela jurisdição, constitui uma das garantias processuais mais importantes entre os direitos contidos num processo justo e equitativo (art. 6.º, n.º 1, da CEDH e art. 47.º da CDFUE⁴¹⁸)⁴¹⁹. A razoabilidade exigida à justiça almeja refletir o ponto ótimo de equilíbrio entre a duração e a qualidade do exame de um caso⁴²⁰, promovendo uma justiça eficaz e eficiente⁴²¹. Essa razoabilidade deve ser avaliada à luz das circunstâncias do caso concreto, considerando os critérios reconhecidos pela jurisprudência⁴²².

Para que uma infração ao princípio da boa administração possa sustentar a anulação de uma decisão tomada no fim de um procedimento administrativo, deve também constituir uma infração aos direitos de defesa da empresa envolvida⁴²³. Quando não ficar provado que a defesa da empresa foi prejudicada pelo desrespeito pelo princípio do prazo razoável, a falha da Comissão não afetará a validade do procedimento administrativo num processo de concorrência⁴²⁴.

⁴¹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 25.1.2007, *Dalmine SpA v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-407/04 P, para. 59.

⁴¹⁸ Embora não seja um direito exclusivo do panorama jurídico europeu, estando previsto p.e. no artigo 14.º, n.º 3, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966. Sobre as diferenças, nomeadamente históricas e teleológicas, entre os níveis de proteção garantido pelas duas fontes legislativas, vide TRECHSEL, S. (2005), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, pág. 134 e segs.

⁴¹⁹ Cfr. FILATOVA, M. (2021), *Reasonable Time of Proceedings: Compilation of Case-Law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, pág. 8.

⁴²⁰ Cfr. FILATOVA, M. (2021), *Ibid*, pág. 9.

⁴²¹ Vide p.e. a consagração da eficiência como corolário deste princípio pela European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe*, Framework Programme, Council of Europe, CEPEJ (2004) 19, Strasbourg, 13 September 2005. O mesmo documento aponta que a duração excessiva do processo continua a ser uma das infrações mais frequentes ao artigo 6.º da Convenção (não obstante os múltiplos documentos de apoio do Conselho da Europa que se dedicaram a este assunto).

⁴²² European Court of Human Rights (Fourth Section), *Case of Kurzac v Poland*, Application no. 31382/96, 22.2.2001, para. 30.

⁴²³ Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), op. cit., pág. 384.

⁴²⁴ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 13.1.2004, *JCB Service v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-67/01, para. 40.

Portanto, podemos inferir, os processos por infração à concorrência não se isentam dos vícios da morosidade da justiça, como a jurisprudência da União fez questão de notar no Acórdão *Gascogne*⁴²⁵. O precedente suscitou as questões, que seguiremos infra, de determinar a medida excessiva para a morosidade do processo (i.e. até quando pode o processo alongar-se sem colocar em causa o direito fundamental a um prazo razoável), de delimitar qual o recurso apropriado para um atraso excessivo, e circunscrever que tipo de prejuízos pode ser alegado⁴²⁶.

Em *Gascogne*, a Advogada-Geral E. SHARPSTON recordou a importância de evitar a tentação de generalizar um valor de referência para durações excessivas de um processo⁴²⁷. Nos casos conhecidos em que o Tribunal de Justiça aceitou as alegações de duração excessiva⁴²⁸ do processo, a duração geral ultrapassava os 5 anos e meio, ao passo que as alegações rejeitadas não atingiam os 5 anos⁴²⁹. Observando a duração média de um processo relativo à concorrência nos relatórios anuais do TJUE entre 2014 e 2021, encontramos uma redução considerável de 45.8 meses⁴³⁰ para 27.8 meses⁴³¹. Ainda assim, com durações tão avultadas, compreendemos que nem todos os processos sejam ‘simples’ decisões, a ser tomadas com levandade (se tal caso existir). A tendência registada na jurisprudência sugere que preocupações com a duração excessiva poderão começar a surgir legitimamente por volta dos 5 anos (tendência geral) e que uma alegação poderá ser credivelmente fundada se o processo se alongar cerca de um ano e meio além da média⁴³². No seguimento do caso introduzido, a Advogada-Geral pronunciou-se (não deixando de reparar que o debate se

⁴²⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26.11.2013, *Groupe Gascogne SA v Comissão Europeia*, proc. C-58/12 P.

⁴²⁶ Cfr. JENKINS, T., BUSHHELL, G. (2015), *Justice Denied or Simply Delayed? Consequences of Excessive Delay at the EU's General Court*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 1, pág. 3.

⁴²⁷ *Groupe Gascogne SA v Comissão Europeia*, proc. C-58/12 P, Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston apresentadas em 30 de maio de 2013. Para. 81.

⁴²⁸ Assim em *Kendrion NV* (proc. C-50/12, 16.11.2011, duração de 5 anos e 9 meses), em *FLS Plast A/S* (proc. C-243/12, 24.2.2006, duração de 6 anos), *Baustahlgewebe GmbH* (proc. C-18/95 P, 6.4.1995, duração de 5 anos e 6 meses) e *Der Grune Punkt – Duales System Deutschland* (proc. C-385/07, 24.5.2007, duração de 5 anos e 9 meses).

⁴²⁹ P.e. em *Nippon Steel Corp* (proc. C-403/04, 8.7.2004, de 4 anos e 3 meses), em *PVC II Appeals* (proc. apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, 20.4.1999, com 4 anos e 6 meses) e *Thyssen Stahl* (proc. C-194/99, 11.3.1999, com 4 anos e 9 meses).

⁴³⁰ Court of Justice of the European Union (2015), *Annual Report 2014: Synopsis of the work of the Court of Justice, the General Court and the Civil Service Tribunal*, pág. 188.

⁴³¹ Court of Justice of the European Union (2022), *Annual Report 2021: Judicial Activity: Synopsis of the judicial activity of the Court of Justice and the General Court of the European Union*, pág. 386.

⁴³² Cfr. JENKINS, T., BUSHHELL, G. (2015), *idem*, pág. 5.

posiciona no domínio da apreciação subjetiva) no sentido de que “desde o momento em que tenham decorrido mais de dois anos desde o encerramento da fase escrita, sem uma gestão ativa do processo, nem a convocação das partes para a audiência, [estaria] inclinada a considerar o atraso como excessivo e teria de ser persuadida do contrário”⁴³³. Apesar de esta visão se demonstrar esclarecedora, a própria esclarece que a duração geral do processo não deve ser o único critério a considerar para efeitos de determinação do excesso. Devem, adicionalmente, ser considerados eventuais períodos de inatividade processual (e.g. o que é devido a pedidos para o tratamento confidencial de certos anexos⁴³⁴, ou o intervalo entre o termo da fase escrita e o princípio da fase oral⁴³⁵) e os afamados fatores ‘*Baustahlgewebe*’ (associados à importância do caso para os envolvidos⁴³⁶, à complexidade do caso⁴³⁷ e à conduta das partes⁴³⁸).

Sob a esfera de jurisdição do TEDH, e uma vez que a CEDH faz recair sobre os Estados-membros do Conselho da Europa o dever de organizar os seus sistemas jurídicos de modo a permitir que os tribunais satisfaçam o imperativo de um prazo razoável⁴³⁹, qualquer demora indevida nos procedimentos (ou vícios na organização do poder judiciário que o provoquem) será da responsabilidade do Estado, que deverá desenvolver a sua função judicial para dar resposta a atrasos e casos repetitivos⁴⁴⁰. Continuando a análise das conclusões dos Tribunais,

⁴³³ *Groupe Gascogne SA v Comissão Europeia*, proc. C-58/12 P, Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston apresentadas em 30 de maio de 2013, para. 94.

⁴³⁴ Cfr. JENKINS, T., BUSHELL, G. (2015), *ibid*, pág. 5.

⁴³⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.12.1998, *Baustahlgewebe GmbH v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-185/95 P, para. 45. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 19.6.2014, *FLS Plast A/S v Comissão Europeia*, proc. C-243/12, para. 138. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26.11.2013, *Groupe Gascogne SA v Comissão Europeia*, proc. C-58/12 P, para. 92.

⁴³⁶ Quanto mais relevante for a disputa para as partes envolvidas, mais importante será a celeridade da análise pelo Tribunal. O resultado de um processo por infração ao direito da concorrência europeu é particularmente importante para as empresas envolvidas e, portanto, deve ser dado um especial valor, de acordo com a natureza e a gravidade dos efeitos jurídicos (paras. 29-30 do Acórdão *Baustahlgewebe*, cit. supra).

⁴³⁷ A complexidade do caso será, tendencialmente, proporcional ao tempo necessário para que o Tribunal possa avaliar devidamente os factos, determinar a aplicação das normas adequadas e atingir uma solução final. Esta complexidade deverá ser perspectivada de forma quantitativa (p.e. o número de requerentes, línguas e documentos envolvidos) e de modo qualitativo (extensão e dificuldades das questões de facto e de direito). Vide o mencionado Acórdão *Gascogne* (paras. 138-139) e a respetiva posição da Advogada-Geral (para. 92).

⁴³⁸ Acórdão *Baustahlgewebe*, cit. supra, para. 37.

⁴³⁹ European Court of Human Rights (Chamber), *Case of Zimmermann and Steiner v Switzerland*, Application no. 8737/79, 13.7.1983, para. 29.

⁴⁴⁰ Cfr. FILATOVA, M., KOVLER, A., et al. (2014), *Application of Reasonable Time Standard in Serbia*, Council of Europe and Norwegian Ministry of Foreign Affairs, pág. 17 (visitado em <https://rm.coe.int/16806f0e8c> em agosto de 2023). Na linha do princípio da subsidiariedade da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a demora excessiva do processo deve ser tratada, em primeira linha, pelos tribunais domésticos.

há uma ligação sistemática entre o direito a um processo justo num prazo razoável (art. 6.º da CEDH) e o direito a um recurso efetivo (art. 13.º da CEDH)⁴⁴¹.

Identificada uma demora excessiva (tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a sua importância para as partes sob investigação, como recordou também o Tribunal Geral⁴⁴²), e uma vez que a substância do pedido não se presume afetada pela morosidade do processo⁴⁴³ (não passando de uma ‘mera’ irregularidade processual⁴⁴⁴), encontramos duas abordagens distintas na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em *Baustahlgewebe*, o Tribunal aproveitou a discricionariedade ilimitada do artigo 261.º do Tratado para compensar a requerente através da redução da coima⁴⁴⁵ (assim como o Tribunal Geral fez no Acórdão *Heineken*⁴⁴⁶, mas já não, com base no mesmo fundamento, no Acórdão *CD-Contact Data*⁴⁴⁷). Por outro lado, temos a doutrina *DGP* (*Der Grüne Punkt*), onde o Tribunal sugeriu a solução alternativa de uma nova ação de indemnização, intentada contra a Comunidade, nos termos dos artigos 268.º e 340.º do TFUE (disposições que regem, no direito derivado da União, a indemnização por responsabilidade extracontratual da União)⁴⁴⁸. Em *Gascogne*, apesar dos requerentes preferirem uma redução da coima, o Tribunal preferiu por uma solução na linha do *DGP*⁴⁴⁹. Em jeito de explicação, a Advogada-Geral SHARPSTON explicou que a duração do procedimento não estaria relacionada com a existência ou gravidade da infração substantiva às regras da concorrência (manifestando-se contrária à solução de *Heineken* e de *Baustahlgewebe*, onde a demora do processo foi compensada com uma redução⁴⁵⁰)⁴⁵¹, e que a abordagem da redução da coima estava vulnerável ao risco de um

⁴⁴¹ European Court of Human Rights, *Case of Kudla v Poland*, Application no. 30210/96, 26.10.2000, para. 155-156. Também o *Case of Lukenda v Slovenia*, Application no. 23032/02, 6.10.2005, para. 86-88.

⁴⁴² Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção) de 8.9.2016, *Xelia Pharmaceuticals ApS and Alpharma, LLC v Comissão Europeia*, proc. T-471/13, para. 354.

⁴⁴³ A não ser que o requerente consiga demonstrar que o atraso poderá ter afetado substancialmente o resultado da causa pleiteada. Vide p.e. o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 16.7.2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-385/07 P (para. 194), o Acórdão *Gascogne* (para. 77-78) e respetiva opinião da Advogada-Geral (para. 115).

⁴⁴⁴ Acórdão *Der Grüne Punkt*, citado acima, para. 191, e Acórdão *Baustahlgewebe*, para. 48.

⁴⁴⁵ Acórdão *Baustahlgewebe*, para. 48. O Tribunal aproveitou-se da discricionariedade ilimitada do art. 261.º do Tratado.

⁴⁴⁶ Acórdão do Tribunal Geral (Sexta Secção Alargada) de 16.6.2011, *Heineken Nederland BV v Comissão Europeia*, proc. T-240/07, para. 435.

⁴⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Oitava Secção) de 30.4.2009, *CD-Contact Data GmbH v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-18/03, para. 133.

⁴⁴⁸ Acórdão *Der Grüne Punkt*, para. 195.

⁴⁴⁹ Para. 82.

⁴⁵⁰ Para. 127 das suas Conclusões em *Gascogne*.

⁴⁵¹ *Ibid.* Para. 131.

tratamento arbitrário, onde os Tribunais não contam com qualquer critério (muito menos um qualquer dotado da objetividade necessária) para fundar a diminuição⁴⁵².

Não obstante o raciocínio logicamente persuasivo e claro da Advogada-Geral em *Gascone*, não deixamos de considerar uma perspetiva de compensação, mais eficiente e pragmática, vantajosa para a economia processual, e significativamente menos onerosa para as empresas, que atravessaram já largas demandas perante o Tribunal de Justiça para ver os seus direitos fundamentais respeitados.

d) *Do acesso aos documentos do processo*

O acesso aos documentos do processo é um outro corolário do princípio do respeito pelos direitos de defesa⁴⁵³, abrigado no artigo 47.º da CDFUE, que encontra abrigo expresso como subprincípio do direito a uma boa administração⁴⁵⁴ (art. 41.º, n.º 2, al. b), com remissão para o art. 48.º, n.º 2, da CDFUE⁴⁵⁵). Desde 1982 que a Comissão⁴⁵⁶ deve dar às empresas visadas a oportunidade de examinar todos os documentos da investigação que possam ser

⁴⁵² *Ibid.* Para 125 e 131.

⁴⁵³ V.g. o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 7.1.2004, *Cementir – Cementeirie del Tirreno v Commission*, proc. apensos C-219/00 P, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, para. 67. Acórdão do Tribunal de justiça (Quinta Secção) de 7.1.2004, *Aalborg Portland A/S et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos C-204/00 P, C205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, para. 68.

⁴⁵⁴ V.g. Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 22.5.2012, *Internationaler Hilfsfonds eV v Comissão Europeia*, proc. T-300/10, para. 151.

⁴⁵⁵ CDFUE, Art. 41.º, n.º 2, al. b). «Este direito compreende (...) b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe regiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial».

⁴⁵⁶ Commission of the European Communities (1982), *Twelfth Report on Competition Policy*, pág. 40 (para. 34 - 35). Anteriormente, apenas era tido por fundamental o acesso a documentos incriminatórios. O Tribunal Geral vinculou essa prática à Comissão em *Hercules Chemicals* (cit. supra, para. 54).

relevantes à sua defesa⁴⁵⁷. Não deve ser entendido como um fim em si mesmo⁴⁵⁸, mas sim um meio de tutela dos direitos de defesa da empresa, inseparável e dependente destes⁴⁵⁹.

Ao contrário de alguns direitos individuais reconhecidos expressamente pela jurisdição da União em respeito de princípios fundamentais⁴⁶⁰, o direito de acesso aos documentos do processo constitui expressão excecional e específica do princípio da boa administração⁴⁶¹. No virar do século transato, a empresa belga *Hercules Chemicals* confrontou a Comissão Europeia perante o Tribunal de Justiça, dando origem a um dos principais precedentes nesta matéria, onde ficou assente que a Comissão tem a obrigação de tornar acessível às empresas implicadas (num processo por infração ao direito da concorrência) o conjunto de elementos favoráveis e desfavoráveis recolhidos no decurso das diligências de instrução⁴⁶². Relativamente à aplicabilidade deste direito fundamental a terceiros interessados e a acordos de clemência, destacam-se as conclusões em sede jurisprudência⁴⁶³, nomeadamente em *Pfleiderer*⁴⁶⁴ e em *Donau Chemie*⁴⁶⁵.

⁴⁵⁷ Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), op. cit., pág. 189.

⁴⁵⁸ Consequentemente, não pode ir além do que é requerido para assegurar o respeito pelos direitos de defesa. Conclui-se que, tal como aqueles direitos – que visa preservar – não será um direito absoluto, carecendo de conciliação com outros direitos fundamentais e interesses públicos relevantes (Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 13.9.2018, *UBS Europe SE et al.*, proc. C-358/16, para. 60-63). Cfr. WILS, W., ABBOTT, H. (2019), *Access to the File in Competition Proceedings Before the European Commission*, World Competition 42, no. 3, Kluwer Law International, pág. 261.

⁴⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção Alargada) de 15.3.2000, *Cimenteries CBR et al. v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos n.º T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95. Para. 156.

⁴⁶⁰ Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), op. cit., pág. 519. V.g. a não discriminação, a proporcionalidade, a proteção de legítimas expectativas, a boa fé e a proibição de abuso de direitos e de enriquecimentos sem causa.

⁴⁶¹ Cfr. LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), *ibid*, pág. 520.

⁴⁶² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 17 de Dezembro de 1991, *SA Hercules Chemicals NV v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-7/89. Para. 54.

⁴⁶³ Para uma breve reflexão sobre este *case-law*, vide GUTINIEKI, J., *Access to the file*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, art. n.º 20100 (visitado em agosto de 2023).

⁴⁶⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.6.2011, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, proc. C-360/09.

⁴⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 6.6.2013, *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG et al.*, proc. C-536/11. Onde, além de reiterar os princípios invocados em *Pfleiderer*, o Tribunal explanou que, devido aos tribunais nacionais ponderarem cada documento, analisando se deverá ser revelado (para. 48), poderão surgir outras disputas sobre a decisão de (não) revelar o documento. Cfr. HIRST, N. (2013), *Donau Chemie: National Rules Impeding Access to Antitrust Files Liable to Breach EU Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 6, pág. 485-486.

No campo da concorrência, também o legislador europeu optou por prever o acesso ao processo em associação com o direito fundamental de audição (art. 27.º, nº 2, do Regulamento n.º 1/2003⁴⁶⁶). Fica ressalvado o interesse legítimo em tutelar o segredo comercial, a confidencialidade de algumas informações e os documentos internos das instituições e das ANC⁴⁶⁷, no decorrer do envio, às partes, de uma comunicação das acusações, que deve especificar todos os elementos essenciais que servem de base à acusação⁴⁶⁸. Em maior detalhe, o Regulamento n.º 773/2004 prevê essa mesma faculdade aos interessados diretos que tenham recebido uma comunicação de objeções (após essa mesma notificação, conforme dita o seu artigo 15.º, nº 1), com as salvaguardas previamente mencionadas (nº 2), especificando que os documentos obtidos através do acesso ao processo apenas poderão ser utilizados em processos para aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado (nº 4)⁴⁶⁹.

No contexto do efeito exclusivo do nº 2 do artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003 (assim como o nº 2 do artigo 15.º do Regulamento 773/2004 e o nº 3 do artigo 17.º do Regulamento de Execução 2023/914), a doutrina reconhece autonomamente a categoria abrangente dos ‘*documentos inacessíveis*’⁴⁷⁰, correspondente aos documentos sujeitos a segredo comercial, os que contenham informações confidenciais⁴⁷¹ e os documentos internos da Comissão e das

⁴⁶⁶ Regulamento (CE) n.º 1/2003. Art. 27.º, nº 2. «*As partes têm direito a consultar o processo em poder da Comissão*».

⁴⁶⁷ Regulamento (CE) n.º 1/2003. Art. 27.º, nº 2. Excluindo expressamente (embora não taxativamente) as notas de correspondência entre a Comissão e as ANC (ou entre estas) e os documentos previstos nos artigos 11.º e 14.º do Regulamento.

⁴⁶⁸ Acórdão *Aalborg Portland A/S et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, cit. supra, para. 67.

⁴⁶⁹ Mais detalhes relativos ao regime do acesso a documentos do processo no campo da concorrência ficaram plasmados em DG COMP (2004), *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* (para. 42-47), na *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, 2006/C 298/11 (para. 33-34), *Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis*, 2008/C 167/01 (para. 15-16, 20, 29 e 35), *Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE*, 2011/C 308/06 (pág. 22), etc..

⁴⁷⁰ Por todos, WILS, W., ABBOTT, H. (2019), op. cit., pág. 271 e segs.

⁴⁷¹ Sob a proibição imposta sobre os oficiais e outros organismos da União Europeia de revelar informações que “*pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional*” (art. 339.º do TFUE). Da mesma forma, o direito de a uma boa administração, conforme desenvolvida na Carta, inclui necessariamente um respeito “*pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial*” (art. 41.º, nº 2, al. b)). Esta exigência introduz-se no direito da concorrência através do Regulamento n.º 1/2003, onde exclui da consulta do processo as “*informações confidenciais e os documentos internos da Comissão e das autoridades dos Estados-Membros*” (art. 27.º, nº 2). Estas informações não correspondem essencialmente ao tratamento atribuído ao segredo de negócio (V.g. Orientações sobre os pedidos de confidencialidade durante os processos anti-*trust* da Comissão, para. 17-20, e Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 24.6.1986, *Azko Chemie v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 53/85, para. 28).

ANC (ficam excluídas, desde logo, “as notas de correspondência entre a Comissão e as [ANC] responsáveis em matéria de concorrência, ou entre estas últimas, e bem assim quaisquer documentos elaborados nos termos dos artigos 11.º e 14.º”⁴⁷²)⁴⁷³.

A Comissão não é obrigada a disponibilizar os seus documentos internos durante procedimentos administrativos no campo da concorrência⁴⁷⁴, sendo confidenciais por natureza⁴⁷⁵. Contudo, se o arguido se aperceber, no decorrer do procedimento administrativo, que a Comissão poderá ter determinados documentos na sua posse, externos ao processo de investigação, que possam ser favoráveis à sua posição, pode fazer um pedido fundamentado de acesso àqueles documentos, primeiro à Direção-Geral da Concorrência, subsequentemente ao Auditor⁴⁷⁶. Este último tem poder decisório em disputas sobre o acesso aos ficheiros do processo, em caso de discordância entre as partes insatisfeitas e a Comissão, após aquelas tentarem contactar esta para solicitar um acesso diferente⁴⁷⁷. A Decisão 2011/695/EU dá abrigo a algumas regras procedimentais nesta matéria (p.e. nos seus artigos 7.º, 8.º e 9.º).

e) *Do confronto*

Um outro direito fundamental englobado no artigo 6.º da Convenção é o direito ao confronto (artigo 6.º, n.º 3, al. d), da CEDH). Nos termos da sede normativa, o acusado tem o direito a “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”. Este direito é amplamente reconhecido no ordenamento jurídico norte-americano, onde a Emenda VI da sua Constituição consagra o *right of confrontation*⁴⁷⁸.

⁴⁷² Regulamento (CE) n.º 1/2003. Art. 27.º, n.º 2. Regulamento (CE) n.º 773/2004, Art. 15.º, n.º 2.

⁴⁷³ Além da legislação invocada, vide o Acórdão *Hercules Chemicals*, cit. supra, para. 54.

⁴⁷⁴ V.g. Acórdão *Cimenteries* de 15.3.2000, cit. supra, para. 420.

⁴⁷⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 6.4.1995, *BPB Industries plc e British Gypsum Ltd v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-310/93 P, para. 25.

⁴⁷⁶ Cfr. WILS, W. ABBOTT, H. (2019), cit. supra, pág. 281-282.

⁴⁷⁷ Cfr. ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), *idem*, pág. 190.

⁴⁷⁸ Com os propósitos fundamentais enunciados em *Mattox v. United States*, 156 US 237 (1895).

O direito ao confronto pertence apenas ao acusado (contrariamente ao princípio do contraditório, que diz respeito a ambas as partes processuais), relacionando-se com os atos processuais de produção de prova de fonte pessoal⁴⁷⁹. Embora se aproxime a um modelo adversarial do processo, o TEDH relativiza diversas regras do seu procedimento, e frequentemente sugere que compete à legislação de cada Estado-Membro reger as questões relativas à admissibilidade da prova, limitando o papel do Tribunal a avaliar se a prova apresentada e o procedimento respeitam os parâmetros mínimos do *fair trial*⁴⁸⁰.

O respeito por este princípio foi particularmente questionado aquando do Acórdão *Al-Khawaja and Tahery*⁴⁸¹, onde o TEDH analisou a questão da admissibilidade de declarações testemunhais produzidas anteriormente à fase judicial (i.e., onde as testemunhas não compareceram ao debate oral e, portanto, o acusado não teve oportunidade de as confrontar)⁴⁸². Neste precedente, foi suscitado o debate em torno do depoimento por uma vítima, dado à polícia previamente à sua morte, quanto à sua admissibilidade e valoração perante a justiça⁴⁸³. Outra marca jurisprudencial fundamental na génese da defesa deste direito foi o Acórdão *Unterpertinger*⁴⁸⁴, onde o Tribunal apreciou a possibilidade de utilização de declarações de duas testemunhas na fase de investigação, para condenação, em que a defesa não interveio e as testemunhas não foram ouvidas em julgamento⁴⁸⁵.

3.4. Algumas garantias tradicionalmente jurídico-criminais de destaque na concorrência europeia

⁴⁷⁹ Cfr. FIGUEIREDO, D. D. (2015), *O Direito ao confronto e o caso Al-Hhawaja e Tahery c. Reino Unido*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 6, nº 23-24, Julho-Dezembro. Pág. 336.

⁴⁸⁰ Cfr. FIGUEIREDO, D. D. (2015), op. cit., pág. 336.

⁴⁸¹ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Case of Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Applications nos. 26766/05 and 22228/06, de 15.12.2011.

⁴⁸² Cfr. FIGUEIREDO, D. D. (2015), op. cit., pág. 322.

⁴⁸³ *E.g.*, paras. 103, 120 e 153.

⁴⁸⁴ European Court of Human Rights, Court (Chamber), *Case of Unterpertinger v. Austria*, Application no. 9120/80, 24.11.1986.

⁴⁸⁵ Para. 28 e segs.. Entendendo o TEDH que a “*utilização de tais declarações não viola, automaticamente, o artigo 6.º, nº 3, d), da CED, desde que estas não sejam o embasamento exclusivo ou preponderante para a condenação*”. Cfr. FIGUEIREDO, D. D. (2015), *ibid*, pág. 339.

Dedicando-se a nossa exposição a analisar os princípios de proteção processual da empresa no direito europeu da concorrência, não poderíamos descurar as regras que, não obstante terem origem no direito processual penal⁴⁸⁶, alargam o seu âmbito de aplicação ao processo sancionatório da concorrência europeia. Alguns destes encontram já expressão na legislação europeia em matéria de direitos fundamentais, começando, desde logo, pela presunção de inocência (artigo 48.º da CDFUE), o princípio da proporcionalidade das penas (artigo 49.º da CDFUE) e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º).

a) *Direito ao silêncio, a não testemunhar contra si próprio e nemo tenetur se ipsum accusare*

O conteúdo do direito ao silêncio foi questionado no acórdão *Orkem*⁴⁸⁷, onde o TJ estabeleceu uma solução considerada equilibrada entre o “interesse público na investigação e repressão de práticas anticoncorrenciais contrárias ao mercado interno” e o “interesse da proteção dos direitos de defesa”⁴⁸⁸, em especial no contexto dos poderes de inquérito, como plasmados no Direito Europeu⁴⁸⁹. Não obstante a assunção do entendimento de que os direitos nacionais não indicavam a existência de um qualquer princípio segundo o qual as pessoas coletivas no âmbito de infrações económicas gozam de um direito ao silêncio⁴⁹⁰, o Tribunal de Justiça optou por edificar uma garantia equiparada, assente no respeito pelos direitos de defesa no espaço da União⁴⁹¹, limitando o direito da Comissão de exigir a uma

⁴⁸⁶ Vide p.e., sobre o exemplo concreto do *nemo tenetur*, COSTA RAMOS, V. (2010), *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Concorrência Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, pág. 175.

⁴⁸⁷ Acórdão do Tribunal de 18 de Outubro de 1989, *Orkem v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 374/87. Para. 28.

⁴⁸⁸ Cfr. MOURA E SILVA (2020), op. cit., pág. 328/329.

⁴⁸⁹ Vide o Acórdão *Orkem*, cit. supra, onde o Tribunal julgou conveniente apreciar “*se (e em que medida) os princípios gerais do direito comunitário, de que os direitos fundamentais fazem parte integrante e à luz dos quais todos os textos de direito comunitário devem ser interpretados, impõem, como sustenta a recorrente, o reconhecimento de um direito de não fornecer os elementos de informação suscetíveis de serem utilizados para provar, contra quem os forneça, a existência de uma infração às regras da concorrência*” (para. 28).

⁴⁹⁰ Para. 29 da decisão. Embora o Advogado-Geral DARMON tenha entendido, nas suas conclusões que a “*apreciação dos direitos nacionais, na verdade, revela um princípio comum que consagra o direito a não testemunhar contra si mesmo*” (para. 98).

⁴⁹¹ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *ibid*, pág. 330.

empresa que forneça “todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir (...) para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial”⁴⁹², à imagem da potencial lesão dos direitos de defesa da empresa. Assim, o Tribunal reconheceu que “a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração cuja prova cabe à Comissão”⁴⁹³. A Comissão tem o direito de obrigar as empresas a prestar informações e entregar documentos, mesmo para comprovar um comportamento contrário à concorrência europeia, mas não pode prejudicar os direitos de defesa das empresas, v.g. obrigando-as a admitir ou confessar o cometimento da infração⁴⁹⁴.

Este direito fundamental, longamente perspetivado pela doutrina e pela jurisprudência⁴⁹⁵, é comumente associado ao direito de não testemunhar contra si próprio e ao direito à não autoincriminação (ou *nemo tenetur se ipsum accusare*)⁴⁹⁶. O primeiro destes ascendeu ineditamente ao debate legislativo aquando de uma proposta de alteração do ultrapassado Regulamento nº 17 (que viria a ser recusada pelo Conselho), que pretendia que as pessoas obrigadas a fornecer as informações pudessem “recusar-se a responder às questões, quando tal resposta for suscetível de expor as próprias pessoas, ou de expor qualquer pessoa a quem seja reconhecida pelas normas de processo nacionais a possibilidade de recusar-se a testemunhar, ou as empresas ou associações de empresas que elas representam, a sanções penais”⁴⁹⁷. Já o segundo dos direitos mencionados consubstancia-se na garantia de que o arguido não é obrigado a contribuir para a formação de um juízo de

⁴⁹² Acórdão *Orkem*, para. 34.

⁴⁹³ Acórdão *Orkem*, para. 35. Esta conclusão mereceu reflexo no Considerando 23 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, bem como em decisões posteriores. Desde logo, veja-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) de 19.2.2001, *Mannesmannröhren-Werke AG v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-112/98, para. 21 e segs., e o Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29.6.2006, *Comissão das Comunidades Europeias v. SGL Carbon AG*, proc. C-301/04 P, para. 40.

⁴⁹⁴ Cfr. COSTA ANDRADE, T. (2017), *Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 8, nº 31, Julho-Setembro. Pág. 184.

⁴⁹⁵ European Court of Human Rights, Court (Chamber), *Case of Saunders v. United Kingdom*, Application no. 19187/91, 17.12.1996. Para. 18 e segs. European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Case of Jalloh v. Germany*, Application no. 54810/00, 11.7.2006.

⁴⁹⁶ Cfr. ALFAFAR, D. (2012), *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 3, Nº 11-12, Julho-Dezembro. Pág. 326.

⁴⁹⁷ Cfr. PAIS ANTUNES (1995), op. cit., pág. 120.

culpa sobre si impendente, enquanto direito ao silêncio *stricto sensu*⁴⁹⁸. Portanto, esta prerrogativa garantística determina que cabe à pessoa decidir se, como e quando está disposta a contribuir para a sua própria incriminação⁴⁹⁹. Abdicando de caráter absoluto, este direito apenas pode ser alvo de restrição para efeitos de tutela de outros direitos, liberdades ou garantias da mesma natureza, e segundo os critérios de proporcionalidade contidos, *e.g.*, no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa⁵⁰⁰.

Facilmente se compreende um conflito inevitável entre estes direitos e os deveres de colaboração com as autoridades pela aplicação das normas europeias da concorrência, inerentes aos poderes de inquérito da Comissão e cuja violação constitui, no ordenamento português, uma contraordenação (art. 64.º, n.º 3, al. d), e n.º 4 da Lei da Concorrência), a cuja coima pode ser adicionada uma sanção pecuniária compulsória (art. 72.º da LdC), se o visado insistir em não cumprir com a colaboração legalmente devida (artigo 68.º, n.º 2 da LdC), ou sanções acessórias (artigo 71.º da LdC)⁵⁰¹. Embora exista um claro e inequívoco dever de colaboração das empresas na aplicação do direito da concorrência, o legislador não dedicou expressão a estes direitos nos articulados dos respetivos Regulamentos⁵⁰², deixando um vazio legal⁵⁰³. A solução suscitou questões entre a doutrina sobre a licitude da utilização, como meio de prova, dos elementos probatórios obtidos ao seu abrigo⁵⁰⁴.

A primeira decisão do TEDH que viria a declarar que o artigo 6.º da CEDH também consagrava o direito ao silêncio e à não autoincriminação apenas surgiria em 1993⁵⁰⁵. Já o

⁴⁹⁸ Cfr. PROENÇA COELHO, A. (2012), *Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM*, Revista da Concorrência e Regulação, 11-12, Junho-Dezembro. Pág. 451-452.

⁴⁹⁹ Cfr. COSTA RAMOS, V. (2010), *Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março. Pág. 179.

⁵⁰⁰ Naturalmente, não se cingindo esta potencial limitação ao constitucionalismo português. Cfr. COSTA RAMOS, V. (2010), *ibid*, pág. 180.

⁵⁰¹ O desenho normativo é elencado por COSTA ANDRADE, T. (2017), *ibid*, pág. 182. O conflito entre os deveres de colaboração e o *nemo tenetur* é um tema particularmente prolífero à discussão entre a doutrina, não escasseando fontes dedicadas ao tema.

⁵⁰² Merecendo tão só uma breve menção no Considerando 23 do ulterior Regulamento (CE) n.º 1/2003.

⁵⁰³ Cfr. GASPAR MARTINHO, H. (2010), *O Direito ao Silêncio e à Não Auto-incriminação nos Processos Sancionatórios do Direito Comunitário da Concorrência – uma análise da jurisprudência dos Tribunais Comunitários*, Revista da Concorrência e Regulação, Ano 1, n.º 1, Janeiro-Março. Pág. 147.

⁵⁰⁴ Acerca desta questão, *vide* as posições divergentes entre a tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração, a tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*, e a tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio, in BOLINA, H. M. (2012), *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários*, Revista da Concorrência e Regulação, 11-12, Junho-Dezembro. Pág. 403 e segs.

⁵⁰⁵ European Court of Human Rights (Chamber), 25.2.1993, *Case of Funke v. France*, Application no. 10828/84. Para. 44.

Tribunal de Justiça aparenta ter obtido uma solução de compromisso que permite às empresas manter o núcleo essencial do seu direito fundamental, garantindo o efeito útil dos poderes de investigação da Comissão⁵⁰⁶.

b) *Presunção de inocência e direitos de defesa*

Alguns Autores consideram o *nemo tenetur* uma consequência da garantia de presunção de inocência (entre nós, plasmada no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, no artigo 11.º da DUDH, artigo 6.º da, n.º 2, da CEDH, artigo 14.º, n.º 2, do PIDCP, e no artigo 48.º, n.º 1, da CDFUE)⁵⁰⁷. Do princípio da presunção de inocência (e o indissociável princípio *in dubio pro reo*, integrado no seu conteúdo nuclear⁵⁰⁸) decorre que nenhuma pessoa possa ser considerada culpada enquanto não tiver sido condenada por sentença transitada em julgado, e que, em caso de dúvida sobre a autoria da infração, o arguido deva ser absolvido⁵⁰⁹. Assim, e à semelhança do processo penal, por não recair sobre o arguido um ónus de prova de inocência, este é favorecido em todas as situações de dúvida⁵¹⁰. Dado o seu abrigo normativo em instrumentos legais comunitários, e a indubitável posição de relevo nos constitucionalismos dos Estados-Membros, é unanimemente aceite que o princípio deve ser respeitado na perseguição e sancionamento das infrações às regras da concorrência⁵¹¹.

Num Acórdão do TEDH, de 2019⁵¹², o Tribunal, começando por reiterar que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH prossegue o escopo maior de assegurar a justiça do procedimento como um todo⁵¹³. Na mesma decisão, o TEDH distinguiu as questões relativas à admissibilidade

⁵⁰⁶ Cfr. GASPAR MARTINHO, H. (2010), *ibid*, pág. 172.

⁵⁰⁷ Cfr. ALFAFAR (2012), cit. supra, pág. 330.

⁵⁰⁸ Cfr. AREIAS, A. P. (2013), *O valor do princípio da presunção de inocência no regime da indemnização por indevida privação de liberdade*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 4, n.º 13, Janeiro-Março. Pág. 247.

⁵⁰⁹ Cfr. ALFAFAR (2012), *idem*, pág. 330.

⁵¹⁰ Cfr. AREIAS, A. P. (2013), *idem*, pág. 248.

⁵¹¹ Nesse sentido, a confirmação no Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 13.7.2011, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV et. al. v Comissão Europeia*, proc. apensos T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 e T-154/07, para. 112.

⁵¹² European Court of Human Rights (First Section), *Case of SA-Capital OY v Finland*, Application no. 5556/10, 14.2.2019.

⁵¹³ Para 69, fazendo remissão para os processos nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09.

da prova (i.e. a questão de que elementos de prova podem ser submetidos à consideração do tribunal competente⁵¹⁴), a subsequente avaliação desses elementos pelo Tribunal, e os direitos de defesa respeitantes à prova (se a prova foi apresentada cumprindo as exigências de um processo justo, sendo esta última dimensão a mais relevante para efeitos do artigo 6.º, nº 1⁵¹⁵). O mesmo não se poderá afirmar em relação à presunção de inocência prevista no nº 2 do artigo 6.º, que requer que o Tribunal não principie o processo sob a ideia preconcebida de que o arguido cometeu a infração de que é acusado, que o ónus da prova recai sobre a acusação, e de que qualquer dúvida beneficia o arguido⁵¹⁶.

A face jurisdicional do Direito da União Europeia não montou resistência à aplicação do princípio da presunção de inocência em processos por infração ao direito da concorrência⁵¹⁷, o mesmo valendo para outras apreciações institucionais de eventuais incompatibilidades⁵¹⁸. Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação à sua aplicação *in casu*, onde não escasseiam as discussões e dúvidas em relação ao modo como a Comissão e os Tribunais Europeus interpretam e aplicam aspetos determinados do princípio (assim p.e. os princípios menores que lhe subentendem e associam, do *in dubio pro reo* e da *nulla poena sine culpa*)⁵¹⁹. Note-se que este princípio geral de Direito da União se aplica inclusive àqueles casos em que a Comissão poderia ter imposto uma coima, mesmo que não o tenha feito⁵²⁰.

O princípio da presunção de inocência levanta problemas pertinentes aquando de sociedades-mãe que detenham 100% do capital da filial que haja cometido uma infração às regras comunitárias da concorrência. Neste caso, existe uma presunção ilidível segundo a

⁵¹⁴ Cfr. BERGHE, P. (2019), op. cit., pág. 487.

⁵¹⁵ Para. 74.

⁵¹⁶ Para. 107.

⁵¹⁷ Vide, desde logo, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8.7.1999, *Hüls AG v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-199/92 P, paras. 149-150; Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 8.7.1999, *Montecantini SpA v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-235/92 P, paras. 175-176; Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 8.7.2004, *JFE Engineering Corp. et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, paras. 177-178; Acórdão do Tribunal Geral (Sexta Secção Alargada) de 1.7.2010, *AstraZeneca AB v Comissão Europeia*, proc. T-321/05, paras. 475-476.

⁵¹⁸ Vide OECD (2017), *Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law – Note by the European Union*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP/WD(2017)64, pág. 2-3.

⁵¹⁹ Cfr. MICKONYTE, A. (2019), *Presumption of Innocence in EU Anti-Cartel Enforcement*, Nijhoff Studies in European Union Law, Vol. 15, pág. 192.

⁵²⁰ Cfr. WOUDE, M. V. D. (2019), *Judicial Control in Complex Economic Matters*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 10, No. 7, pág. 422.

qual a sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante no comportamento da sua filial⁵²¹ (e, portanto, pode ser responsabilizada pela sua infração). A Comissão descompromete-se do ónus de provar a influência decisiva da sociedade-mãe, sob um princípio que acaba por resultar numa presunção contraditória, de *'in dubio contra reum'*⁵²². Parece que aquela chamada presunção *AZKO* revela um determinado ponto de incompatibilidade com o *in dubio pro reo*, conforme construído pelo Tribunal de Estrasburgo⁵²³. O tema revela-se igualmente problemático no domínio dos *staggered hybrid cases* (i.e. procedimentos “híbrido” escalonados no tempo⁵²⁴, pela primeira vez⁵²⁵ analisados à luz da presunção de inocência em *Pometon*⁵²⁶) e mantém-se, presentemente, em debate, tanto pelos corpos jurisdicionais da União, como pela doutrina que se debruça sobre as suas decisões⁵²⁷.

Também no artigo 48.º da Carta (em reflexo do pretendido, em parte, pelo artigo 6º da CEDH), o legislador confirma, como temos vindo a observar, que o devido respeito pelos direitos de defesa, no contexto do direito da concorrência europeu, deve ser concedido⁵²⁸. Não obstante a larga amplitude do conceito de direitos de defesa (especialmente se combinada com uma análise de teor jurídico dos parâmetros da presunção de inocência), é possível delimitar um conjunto de benefícios nele incluídos (desde logo, o direito à não autoincriminação, o direito de audição, o direito à assistência jurídica e à proteção das comunicações com o seu advogado, e o direito à boa administração)⁵²⁹. Frequentemente, uma causa judicial movida com base no artigo 48.º é inerentemente interligada com outras

⁵²¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10.9.2009, *AKZO Nobel NV et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-97/08 P, para. 60.

⁵²² Cfr. THOMAS, S. (2012), *Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, No. 1, pág. 18.

⁵²³ Cfr. THOMAS, S. (2012), *ibid*, pág. 18.

⁵²⁴ P.e. o Acórdão do Tribunal Geral (Décima Secção Alargada) de 2.2.2022, *Scania AB et al. v Comissão Europeia*, proc. T-799/17, para. 93 e segs. Vide STEPHANOU, S. (2022), *Staggered Hybrid Procedure Compatible with Fundamental Rights: Case T-799/17 Scania*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, No. 7, pág. 490 e segs.

⁵²⁵ Cfr. JOURDAN, J.; GAFSEN, H. (2022), *op. cit.*, pág. 310.

⁵²⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 18.3.2021, *Pometon SpA v Comissão Europeia*, proc. C-440/19 P, para. 59 a 76.

⁵²⁷ V.g. BORUM, J. (2020), *Judgement in Case C-607/18 P – NKT v Commission: Procedural Rights... and Wrongs in Cartel Proceedings*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, No. 3-4, pág. 160 e segs.

⁵²⁸ Vide o já abordado Acórdão *Menarini*, Application no. 43509/08. Para. 38 a 45.

⁵²⁹ Cfr. MACLENNAN, J.; VEREECKEN, B.; SENONER, A. (2020), *EU Competition Law and EU Charter of Fundamental Rights: An Evolving Partnership*, *Concurrences e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin*, Nº 96586, Dec. 3. Pág. 16.

disposições fundamentais abrigadas noutras normas da Carta (assim o direito a uma solução jurídica efetiva e a um processo justo⁵³⁰ e o direito à boa administração⁵³¹).

Damos ênfase à ímpar decisão da Comissão em *United Parcel Service (UPS)*, de impedir a aquisição da TNT Express⁵³². A empresa recorreu desta decisão alegando uma infração aos seus direitos de defesa, em virtude de o processo administrativo se ter desenrolado mediante diferentes análises econométricas⁵³³. O Tribunal Geral anulou a decisão⁵³⁴, recordando que o respeito pelos direitos de defesa é um princípio geral de direito da União previsto na CDFUE, a ser garantido em todos os processos⁵³⁵. Exemplificando, acrescentou que o direito a uma audiência justa será desrespeitado se as empresas não tiverem oportunidade de demonstrar o seu ponto de vista sobre a verdade e sobre a relevância dos factos, circunstâncias e documentos utilizados pela Comissão, no decorrer da fase administrativa do processo⁵³⁶, incluindo esta análise econométrica. Concluiu, ainda, que a Comissão “não pode alegar que não tinha a obrigação de comunicar à recorrente o modelo final da análise econométrica antes da adoção da decisão impugnada”⁵³⁷.

c) *Ne bis in idem*

Segue-se um princípio-corolário da *res judicata*⁵³⁸ (no ordenamento português, abrigado no art. 29.º, n.º 5, da CRP), segundo o qual ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática da mesma infração (o ‘*ne bis in idem*’ ou ‘*non bis in idem*’)⁵³⁹. No espaço da

⁵³⁰ Art. 47.º, CDFUE.

⁵³¹ Art. 41.º, CDFUE.

⁵³² Commission Decision of 30.1.2013 addressed to United Parcel Service Inc. declaring a concentration to be incompatible with the internal market and the EEA Agreement. Case No COMP/M.6570 – UPS/TNT EXPRESS. Brussels, C(2013) 431 final.

⁵³³ Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção) de 7.3.2017, *United Parcel Service, Inc. v Comissão Europeia*, proc. T-194/13. Para. 160.

⁵³⁴ Para. 222.

⁵³⁵ Para. 199.

⁵³⁶ Para. 200.

⁵³⁷ Para. 209.

⁵³⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 3.4.2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, proc. C-617/17. Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 29 de novembro de 2018. N.º 18.

⁵³⁹ Diário da República, *Princípio non bis in idem*, in “Lexionário”. Visitado em setembro de 2023 (<https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/principio-non-bis-in-idem>).

União, este princípio foi utilizado tanto por legislador (artigo 50.º da CDFUE) como julgador (v.g. no Acórdão *Limburgse Vinyl Maatschappij*⁵⁴⁰, ou mesmo na original decisão *Max Gutmann*⁵⁴¹), incluindo no domínio da concorrência (p.e. em *Aalborg Portland A/S*⁵⁴²). Além de constituir uma proteção do indivíduo contra um eventual abuso de exercício dos poderes de *ius puniendi*⁵⁴³, este direito fundamental decorre da confiança recíproca dos Estados-Membros nos sistemas de justiça criminal vigentes nos seus Estados consignatários, não obstante a configuração de diferentes soluções para o mesmo problema⁵⁴⁴. Foi reconhecido como princípio geral de direito pelo Tribunal⁵⁴⁵ e elemento fundamental da ordem jurídica comunitária pela doutrina⁵⁴⁶.

Para efeitos da sua aplicabilidade, em especial no quadro da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS)⁵⁴⁷, o Tribunal interpretou o conceito de *idem res* como traduzindo a “identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si”⁵⁴⁸. Já em *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*⁵⁴⁹, o Advogado-Geral RUIZ-JARABO COLOMER, baseando-se numa conceção material do conceito⁵⁵⁰, considerou que “se, em lugar dos simples factos, se ponderassem as violações da lei ou os valores que se protegem com a sua proibição, o princípio *ne bis in idem* nunca operaria no âmbito internacional”⁵⁵¹ (embora esta densificação não haja

⁵⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P. Para. 59.

⁵⁴¹ Acórdão do Tribunal (Primeira Secção) de 5.5.1966, *Max Gutmann v Commission of the EAEC*, Joined cases 18 and 35/65.

⁵⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 7.1.2004, *Aalborg Portland A/S et al. v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P. Note-se que “a aplicação do princípio está sujeita a uma tripla condição de identidade dos factos, de unidade de infrator e de unidade do interesse jurídico protegido” (para. 338).

⁵⁴³ Cfr. CAMACHO, C. (2010), *O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, Nº 3, Julho-Setembro. Pág. 107.

⁵⁴⁴ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Case of Sergey Zolotukhin v Russia*, Application no. 14939/03, 10.2.2009. Para. 30.

⁵⁴⁵ Acórdão do Tribunal de 10.7.1984, *Regina v Kent Kirk*, proc. 63/83.

⁵⁴⁶ Cfr. PAIS ANTUNES, L. (1995), op. cit., pág. 93-94.

⁵⁴⁷ Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14.6.1985. Em especial, no seu art. 54.º e segs., onde dispõe os termos de aplicação do princípio *ne bis in idem*.

⁵⁴⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9.3.2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, proc. C-436/04. Para. 36.

⁵⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.2.2003, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, proc. apensos C-187/01 e C-385/01.

⁵⁵⁰ Cfr. CAMACHO, C. (2010), op. cit., pág. 111.

⁵⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9.3.2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, proc. C-436/04. Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 20 de outubro de 2005. Para. 47.

resolvido definitiva e pacificamente a divergência em torno do conceito de ‘*mesmos factos*’, ainda hoje disputada⁵⁵²).

Mais recentemente, o TJUE veio clarificar que o sancionamento de uma empresa, numa só decisão, pela violação simultânea do direito da concorrência europeu e nacional (i.e., com a aplicação de uma coima por cada ordenamento jurídico desrespeitado, numa só decisão), não é incompatível com o princípio⁵⁵³. Em sentido contrário, perante problema hermenêutico semelhante, tanto o TEDH como o TJUE assumiram que o *ne bis in idem* estaria em risco em caso de uma sanção dupla à mesma pessoa pela mesma conduta⁵⁵⁴. No campo da concorrência, o TJ destacou que uma ameaça ao princípio estaria dependente de uma condição tripartida de identidade de factos, agressor e bem jurídico tutelado⁵⁵⁵.

Integra os direitos e garantias do arguido, interligando-se intrinsecamente com os valores inerentes ao *fair trial* e *due process*, por um lado, e cumprindo uma exigência de ‘*exaustão do procedimento*’, que obsta a um segundo procedimento punitivo sobre os mesmos factos, por outro⁵⁵⁶. Salientava RUIZ-JARABO COLOMER que o princípio assenta nos pilares, universais à juridicidade, da equidade e segurança jurídica⁵⁵⁷.

Um dos mais recentes precedentes, *Marine Harvest*⁵⁵⁸, representou a primeira vez que um argumento assente na violação do artigo 50.º foi posto à consideração do TJUE num processo de controlo de concentrações⁵⁵⁹. No caso, a empresa adquiriu inicialmente uma quota de 48,5% de outra empresa, seguida de uma oferta pública pelas ações

⁵⁵² P.e. no Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 18.7.2007, *Jürgen Kretzinger*, proc. C-288/05, para. 23, bem como nas três possíveis interpretações suscitadas por DÁMASO COLOMER nas conclusões do mesmo precedente.

⁵⁵³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 3.4.2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, proc. C-617/17. Para. 39.

⁵⁵⁴ Cfr. SIMPSON, C. (2019), *Judgement in C-617/17 PZU Życie: ne bis in idem – First Steps towards a Twofold Test for idem?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, No. 6, pág. 367. Nos já citados Acórdãos *Zolotukhin v Russia* (Application no. 14939/03) e *Van Esbroeck* (proc. C-436/05).

⁵⁵⁵ Nos supra citados Acórdãos *Aalborg Portland et al. v Comissão* (proc. apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, para. 338) e *Toshiba Corporation et. al. v Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* (proc. C-17/10, para. 97).

⁵⁵⁶ Cfr. CAMACHO, C. (2010), *ibid*, pág. 107.

⁵⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.2.2003, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brüggel*, proc. apensos C-187/01 e C-385/01, Conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 19 de setembro de 2002. Para. 49. «*Quando contra o infractor é instaurado um processo e é punido, deve saber que, mediante a execução da pena, expiou a sua culpa, sem receio de um novo correctivo*».

⁵⁵⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 4.3.2020, *Mowi ASA v Comissão Europeia*, proc. C-10/18 P.

⁵⁵⁹ Cfr. MACLENNAN, J.; VERECKEN, B.; SENONER, A. (2020), *cit. supra*, pág. 19.

remanescentes⁵⁶⁰. Após o termo da oferta pública, o recorrente notificou formalmente a Comissão dessa concentração e obteve aprovação⁵⁶¹. Contudo, a Comissão emitiu uma decisão que sancionava a empresa em € 10 milhões, por não haver notificado da aquisição do controlo *de facto* (em violação do artigo 4.º/1 do Regulamento n.º 139/2004), e em mais € 10 milhões, por ter implementado a concentração em violação da obrigação prevista no artigo 7.º/1 da mesma regulamentação⁵⁶². Em sua defesa, a empresa argumentou que o princípio *ne bis in idem* prevenia a Comissão de impor coimas distintas, conseguindo a concordância do Advogado-Geral TANCHEV⁵⁶³. Por referência à Carta, o TJUE notou que esta “interpretação do princípio *ne bis in idem* é corroborada pela redação do artigo 50.º da Carta (...), bem como pela razão de ser desse princípio, na medida em que este artigo visa assim especificamente a repetição de processos com objeto idêntico que já tenham sido concluídos através de uma decisão transitada em julgado relativa ao mesmo elemento material”⁵⁶⁴.

d) *Princípio da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas*

Explicita o legislador, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía infração perante o direito nacional ou internacional (art. 49.º, n.º 1, 1ª parte, CDFUE). O mesmo artigo acrescenta que não poderá ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida (2ª parte). À semelhança do legislador português, também o abrigo do princípio da *lex mellior* ficou expresso pelo instrumento comunitário (art. 49.º, n.º 1, *in fine*). Finalmente, o n.º 3 desta norma protetora reservou lugar ao princípio da proporcionalidade das penas em relação à infração (artigo 49.º, n.º 3).

⁵⁶⁰ Para. 5, 8 e 25.

⁵⁶¹ Para. 15 e segs..

⁵⁶² Para. 24.

⁵⁶³ *Vide* as Conclusões do Advogado-Geral EVGENI TANCHEV apresentadas em 26 de setembro de 2019, no proc. C-10/18 P, *supra* citado. Para. 84.

⁵⁶⁴ Para. 77 do Acórdão.

Sobre este princípio, destaca-se o recente contributo promovido nos processos *Infineon*⁵⁶⁵. A empresa recorreu da decisão do TG⁵⁶⁶ (que havia rejeitado a ação de anulação ou uma redução de coima relativamente a uma decisão da Comissão⁵⁶⁷), argumentando que, ao impor uma coima desproporcional à infração, a Comissão e o Tribunal violavam o artigo 49.º da Carta⁵⁶⁸. Em especial, o erro de avaliação manifesto, de que a condenação teria padecido, terá sido provocado por uma desconsideração da participação limitada da Infineon na infração, resultando num cálculo incorreto do volume de negócios para a determinação quantitativa da coima⁵⁶⁹.

O TJUE concluiu que, nestas condições, o Tribunal Geral não podia deixar de responder ao argumento invocado pela recorrente, segundo o qual “a Comissão tinha violado o princípio da proporcionalidade ao fixar o montante da coima aplicada sem tomar em conta o número limitado de contactos em que a recorrente participou”⁵⁷⁰. Assim, e por o TG não ter fiscalizado a proporcionalidade da coima aplicada em relação ao número de contactos que imputou à recorrente, sem explicitar os seus motivos, o Tribunal terá provocado um erro de Direito⁵⁷¹.

3.5. A Comissão Europeia e as exigências de fiscalização decorrentes do princípio da tutela jurisdicional efetiva

O Tribunal de Justiça Europeu reconheceu relativamente cedo que o princípio da tutela jurisdicional efetiva é um princípio geral de direito da União Europeia previsto nas normas dos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁷². Contudo, através do desenvolvimento progressivo de *case-law* em torno da problemática, tornou-se claro que

⁵⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 26.9.2018, *Infineon Technologies AG v Comissão Europeia*, proc. C-99/17 P.

⁵⁶⁶ Acórdão do Tribunal Geral de 8.7.2020, *Infineon Technologies v Comissão*, proc. T-758/14 RENV.

⁵⁶⁷ Acórdão *Infineon* (C-99/17 P). Para. 20.

⁵⁶⁸ *Ibid*, para. 185.

⁵⁶⁹ *Ibid*, para. 185.

⁵⁷⁰ Para. 206.

⁵⁷¹ Para. 207.

⁵⁷² Acórdão do Tribunal de 15.5.1986, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, proc. C-222/84, para. 18 e 19. Acórdão do Tribunal de 15.10.1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens et al.*, proc. C-222/86, para. 14. *Etc.*

o princípio apenas poderá ser aplicado pelos Tribunais Europeus quando o objeto principal do litígio é relacionado com o direito da União⁵⁷³.

A doutrina apelidou já o recurso efetivo em casos de direito da concorrência como um problema de design constitucional⁵⁷⁴. Confirmando, o direito dos tratados da União Europeia confere ao Tribunal de Justiça o poder de fiscalização (artigo 263.º do TFUE) sobre a legalidade dos atos legislativos, atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu⁵⁷⁵, bem como dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu “destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros”⁵⁷⁶. Para exercer este poder, o TJUE é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, desrespeito dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, “interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão”⁵⁷⁷. Este conjunto de poderes representa um controlo abrangente da legalidade das decisões da Comissão Europeia, que se estende ao direito, aos factos e à sua apreciação⁵⁷⁸. O Tribunal exerce, ainda, e por força das disposições dos Tratados, poderes de plena jurisdição no que respeita às sanções previstas nos regulamentos em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, (art. 261.º do TFUE). Numa decisão do Tribunal de Justiça⁵⁷⁹, ficou demonstrado que a adequação do controlo judicial efetuado pelo Tribunal Geral tem vindo a ser garantido pelo Tribunal de Justiça, à luz das exigências do artigo 47.º da CEDH, e em concretização da tutela assegurada pelo artigo 6.º da Convenção⁵⁸⁰.

Este conjunto de poderes do Tribunal é da maior importância num modelo institucional europeu de defesa da concorrência, como o atual, em que, não obstante uma descentralização gradual da aplicação das suas normas-chave⁵⁸¹, temos a conjugação, numa mesma entidade (a Comissão Europeia) das funções de investigação e instrução de processos sancionatórios

⁵⁷³ Despacho do Tribunal de justiça (Quinta Secção) de 1.3.2011, *Claude Chartry v. État belge*, proc. C-457/09. Para. 22-26.

⁵⁷⁴ V.g. TELEKI, C. (2021), cit. supra, pág. 304.

⁵⁷⁵ “[Q]ue não sejam recomendações ou pareceres”. Artigo 263.º, 1º para., do TFUE.

⁵⁷⁶ Artigo 263.º, 2º para., do Tratado.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, para. 3.

⁵⁷⁸ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J. C. (2013), *Understanding the limits of judicial review in European Competition Law*, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 2, Issue 1. Pág. 204.

⁵⁷⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 8.12.2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon v Comissão*, proc. C-386/10 P.

⁵⁸⁰ Cfr. MOURA E SILVA (2020), op. cit., pág. 325.

⁵⁸¹ Como já vimos, os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

com a competência de decisão dos mesmos e aplicação das respetivas sanções⁵⁸². Este sistema tem vindo a ser alvo de críticas⁵⁸³, especialmente quando comparado com o sistema norte-americano, em que as sanções não podem ser aplicadas pela autoridade da concorrência de forma autónoma⁵⁸⁴.

A compatibilidade do modelo jurídico-comunitário (em que a Comissão Europeia combina as funções de investigação, acusação e decisão, e em que, enquanto autoridade de natureza administrativa, aplica sanções equiparadas às criminais⁵⁸⁵) com o direito a um processo justo e equitativo (nos termos do artigo 6.º da CEDH) foi confirmada no Acórdão *Menarini*⁵⁸⁶, a que se seguiram diversas decisões no mesmo sentido⁵⁸⁷. Dada a descentralização da concorrência europeia, a doutrina *Menarini* extravasa em boa medida os tribunais europeus, tocando em concreto os tribunais nacionais de cada Estado-Membro, em situações, ainda hoje, altamente controvertidas⁵⁸⁸. Chamado a pronunciar-se, em 2011, sobre outros dois casos inseridos no mesmo âmbito problemático⁵⁸⁹, o Tribunal de Justiça concluiu que a “fiscalização prevista pelos Tratados implica, pois, que o juiz da União exerça uma fiscalização tanto de direito como de facto e que tem o poder de apreciar as provas, de anular a decisão impugnada e de alterar o montante das coimas (...) não se verifica que a fiscalização da legalidade prevista no artigo 263.º TFUE, completada pela competência de

⁵⁸² Cfr. MOURA E SILVA (2020), *op. cit.*, pág. 323.

⁵⁸³ Vide p.e. WILS, W. (2009), *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 33, No. 1. Pág. 19 e segs..

⁵⁸⁴ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *ibid*, pág. 324.

⁵⁸⁵ Acerca deste aspeto, vide as Conclusões da Advogada-Geral ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 10.2.2011 (proc. C-272/09 P, *KME Germany et al. v Comissão*), para. 64 e segs..

⁵⁸⁶ Cour Européene des Droits de l’Homme (Deuxième Section), *Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Requête n° 43509/08, 27.9.2011. Para. 38 a 44. O TEDH dedicou particular atenção ao facto de as instâncias judiciais italianas, que foram além de um mero controlo de legalidade, chegando mesmo a verificar se a autoridade administrativa havia exercido corretamente os seus poderes, nas circunstâncias do caso concreto, e avaliando a fundamentação e proporcionalidade das suas opções.

⁵⁸⁷ European Court of Human Rights, *Case of Jussila v Finland*, Application no. 73053/01, 23.11.2006. Para. 43. Também o já mencionado Acórdão *AC-Treuhand* do Tribunal de Primeira Instância (proc. T-99/04), para. 113. *Etc.*

⁵⁸⁸ Cfr. BRONCKERS, M.; VALLERY, A. (2012), *Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for Authorities and Which Role for the Courts After Menarini?*, European Competition Journal, Vol. 8, No. 2, Pág. 298.

⁵⁸⁹ Nos processos C-272/09 P (Acórdão do Tribunal de Justiça, Segunda Secção, de 8.12.2011, *KME Germany et al. v Comissão Europeia*) e C-386/10 P (Acórdão de Tribunal de Justiça, Segunda Secção, de 8.12.2011, *Chalkor AE Epexergias Metallon v Comissão Europeia*).

plena jurisdição, a respeito do montante da coima (...), seja contrária às exigências do princípio da proteção jurisdicional efetiva que figura no artigo 47.º da Carta”⁵⁹⁰.

Mais recentemente, em *Produkcija Plus Storitveno Podjetje v Slovenija*⁵⁹¹, o TEDH reiterou que, apesar de a acusação e sancionamento a cargo de autoridades administrativas não representar uma inconsistência com o artigo 6.º da CEDH, o interessado deve ter oportunidade de desafiar qualquer decisão perante um tribunal, i.e. deve ter acesso a um mecanismo de controlo jurisdicional efetivo⁵⁹² (no mesmo processo, ficou ainda a observação de que a empresa havia sido privada do seu direito a uma fiscalização, por um tribunal de plena jurisdição, dos elementos de facto da decisão administrativa, concluindo por uma violação do preceito da CEDH⁵⁹³).

Em matéria de combate à cartelização na concorrência europeia, não restam dúvidas de que os tribunais europeus preenchem os requisitos do artigo 6.º da CEDH, como confirmado pelo Tribunal de Primeira Instância, quando afirmou que, *in casu*, “os argumentos (...) baseados nos alegados limites da fiscalização da legalidade exercida pelo órgão jurisdicional comunitário devem (...) ser julgados improcedentes. (...) [Q]uando o Tribunal de Primeira Instância fiscaliza a legalidade de uma decisão que declara uma infração ao artigo [101.º] e/ou ao artigo [102.º] do Tratado, pode ser chamado pelas recorrentes a proceder a uma análise exaustiva, tanto no apuramento material dos factos como na sua apreciação jurídica pela Comissão. Além disso, quanto às coimas, o Tribunal dispõe de uma competência de plena jurisdição nos termos do artigo [261.º] e do artigo [31.º] do Regulamento [1/2003]”⁵⁹⁴.

A análise deste princípio assume contornos interessantes quando observada a sua aplicação aquando dos poderes de investigação da Comissão em processos por infração às regras europeias da concorrência, um domínio com uma tendência propícia a lesar os direitos fundamentais da empresa visada, em particular, no domínio das suas buscas e apreensões.

⁵⁹⁰ Acórdão *KME Germany* (proc. C-272/09 P), para. 106.

⁵⁹¹ European Court of Human Rights (Fourth Section), *Case of Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. v Slovenija*, Application no. 47072/15, 23.10.2018.

⁵⁹² Para. 51. Em relação a este aspeto, o Tribunal reiterou também que uma audiência oral pública constitui um princípio fundamental do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH (para. 53), fazendo clara referência ao *right to be heard*, abordado supra. Foi, ainda, aditada uma breve observação relativamente ao dever de um Tribunal – quando seja o único a avaliar a disputa – examinar o caso, não só nas suas questões de direito, mas também revendo as questões de facto do processo (para. 57).

⁵⁹³ Para. 59-60.

⁵⁹⁴ No já citado Acórdão *Cimenteries* (proc. apensos T-25/95 *et al.*), para. 719.

Foi o que se observou em *Janssen Cilag S.A.S. v França*⁵⁹⁵, onde a empresa interpôs recurso, perante o TEDH invocando uma violação dos seus direitos fundamentais a um processo justo e equitativo e ao respeito pelo domicílio privado e pela correspondência (para o efeito, argumentando que a busca violaria a confidencialidade das comunicações com os seus advogados, e que não teria beneficiado do seu direito a uma fiscalização judicial efetiva da busca e apreensão na prática), no seguimento de buscas e apreensões realizadas às suas instalações pela ANC francesa⁵⁹⁶. Rejeitando as alegações da visada, o Tribunal notou que o tribunal de recurso francês (“*premier président do cour d’appel de Versalhes*”) atuara efetivamente em supervisão judicial sobre as ações invasivas da Comissão, e que as operações de inspeção foram proporcionais às circunstâncias, uma vez que todas as salvaguardas favoráveis à empresa haviam sido observadas⁵⁹⁷. VERONICA PINOTTI repara que a decisão em *Janssen Cilag S.A.S.* veio confirmar a existência de soluções *ex post facto*, permitindo às empresas visadas depender da revisão judicial efetiva dos tribunais nacionais para fiscalizar a condução de um procedimento de busca e apreensão, devendo ter em conta que as probabilidades de o *dawn raid* ser considerado incompatível com a CEDH ou com a CDFUE são bastante escassas (a não ser que esteja perante evidências claras do desrespeito por aquelas salvaguardas das empresas)⁵⁹⁸. Em outros dois ilustres precedentes⁵⁹⁹, o Tribunal de Estrasburgo invalidou parcialmente procedimentos de busca e apreensão implementados sob o Código Comercial Francês, em virtude de o procedimento vigente comportar uma autorização que apenas poderia ser revisto *de jure* pelo Supremo Tribunal Francês⁶⁰⁰. O mecanismo francês foi veemente condenado pelo Tribunal Europeu⁶⁰¹, transpondo a solução do Acórdão *Ravon*⁶⁰².

Os recorrentes que se queixam, perante o TEDH, acerca da insuficiência de um recurso judicial desenrolado perante os tribunais domésticos, em processos administrativos, tendem

⁵⁹⁵ Cour Européenne des droits de l’homme (Cinquième Section), *Janssen Cilag S.A.S c. la France*, Requête no. 33931/12, 21.3.2017.

⁵⁹⁶ Cfr. PINOTTI, V. (2018), *Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, No. 1, pág. 28.

⁵⁹⁷ Vide PINOTTI, V. (2018), *ibid*, pág. 29.

⁵⁹⁸ *Ibid*, pág. 29..

⁵⁹⁹ Os já mencionados *Primagaz* (App. 29613/08) e *Canal Plus* (App. 29408/08).

⁶⁰⁰ Cfr. VOGEL, J. (2011), *When the European Court of Human Rights mingles with competition law: national search and seizures found unacceptable for lack of effective judicial review*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 2, No. 3, pág. 230.

⁶⁰¹ Para. 44 do Acórdão *Canal Plus*.

⁶⁰² Para. 36, *idem*.

a fundamentar a sua posição numa falta de independência da agência pública (preferindo a proteção do artigo 6.º da Convenção, ao invés da tutela especial do artigo 13.º). Este facto pode constituir indicador de que os recorrentes esperam que as agências administrativas se comportem como órgãos judiciais, e manifestam a sua vontade de controlo pelos tribunais⁶⁰³.

Em termos práticos, o direito fundamental a um recurso efetivo é exercido perante o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça da União Europeia⁶⁰⁴, as autoridades com jurisdição na generalidade das questões de anulação, omissão, responsabilidade civil extracontratual da União, litígios funcionais e contratos⁶⁰⁵. As decisões da Comissão Europeia ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003⁶⁰⁶ são recorríveis (artigo 263.º do TFUE), mas o recurso deve ser interposto no prazo de dois meses a contar desde a notificação ou conhecimento que a recorrente tenha do ato⁶⁰⁷. O recurso pode ser fundamentado em incompetência, desvio de poder, violação de formalidades essenciais do Tratado ou de qualquer outra norma comunitária⁶⁰⁸ (mas não as comunicações de acusações, por não passarem de atos intermédios⁶⁰⁹).

⁶⁰³ Cfr. TELEKI, C. (2021), cit. supra, pág. 293.

⁶⁰⁴ Cfr. BEAL QC, K. (2021), *European Economic Area Competition Procedure*, in “EU Competition Procedure” (ed. Luis Ortiz Blanco), 4th Ed., Oxford University Press. Pág. 1225.

⁶⁰⁵ Cfr. MACHADO, J. (2014), cit. supra, pág. 533-534.

⁶⁰⁶ Incluindo, p.e., os pedidos de informações (art. 18.º/3 do Regulamento n.º 1/2003).

⁶⁰⁷ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *ibid*, pág. 375.

⁶⁰⁸ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *ibid*, pág. 375.

⁶⁰⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção Alargada) de 10.6.1997, *Asociación de fabricantes de cemento de España (Oficement) v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-212/95. Para. 51-55.

4. ALGUMAS NOTAS EM TORNO DA PRIVACIDADE E OUTROS DIREITOS NA ESFERA DA EMPRESA

“It was just a decade ago that we were told that Walmart was taking over shopping, that eBay was the largest online marketplace, or that Facebook was the primary way in which users shared information. Today, Uber competes with Lyft, Amazon has eclipsed eBay, Facebook is a legacy service, and young people use any other set of applications to share information – such as Pinterest, Twitter, or Snapchat. In a world of continuous change, antitrust is what remains constant.”

SOKOL, D. (2020)⁶¹⁰

4.1. Direitos fundamentais à privacidade

O direito à reserva da vida privada⁶¹¹ tem sido dos mais exigentes para a criatividade do TEDH, face à inadequação temporal do artigo 8.º da CEDH⁶¹². À altura da redação e publicação da Carta, o predomínio das técnicas digitais de comunicação ainda não era uma realidade, abrindo margem a uma interpretação jurisprudencial díspar entre o TJUE e o TEDH, assegurando-lhe uma proteção de âmbito diferente⁶¹³. Com o desenvolvimento jurisprudencial e a gradual digitalização da economia, autonomizou-se um direito à proteção dos dados pessoais.

⁶¹⁰ SOKOL, D. D. (2020), *Antitrust’s “Curse of Bigness” Problem*. Michigan Law Review, Vol. 118, Is. 6.

⁶¹¹ A não confundir com o direito à propriedade privada, um direito fundamental distinto, cuja privação e compensação devem obedecer a um conjunto de requisitos que poderão nem sempre ser pacíficos. Cfr. RÍQUITO (2021), *op. cit.*, pág. 68.

⁶¹² Cfr. RÍQUITO (2021), *cit. supra*, pág. 65.

⁶¹³ O Tribunal de Estrasburgo considerava que a proteção se alargava à sede de negócios, ao passo que o TJ, até 2001, focava tal tutela na esfera do indivíduo, como se de um direito de personalidade se tratasse. Cfr. RÍQUITO (2021), *op. cit.*, pág. 66.

Embora em âmbitos e mediante abordagens diferentes, a CEDH (artigo 8.º) e a CDFUE (artigos 7.º e 8.º) parecem providenciar uma proteção quase idêntica, em âmbito e sentido, do respeito pela vida privada e pelos dados pessoais⁶¹⁴. A interferência pública com este valor apenas é admissível quando reunidos os requisitos cumulativos do artigo 8.º, nº 2 da Carta, além de observadas as exigências reforçadas que o nº 1 do artigo 52.º impõe. Contudo, a interconexão entre a privacidade e o direito da concorrência não é pacífica, havendo na literatura académica e na jurisprudência quem se identifique com uma visão separatista (p.e., no Acórdão *Asnef-Equifax*⁶¹⁵, em que o Tribunal rejeitou a interseção) e quem, em sentido contrário, veja a questão de uma perspetiva integracionista (que defende que os elementos poderiam ser integrados conjuntamente ou reconhecidos como complementares⁶¹⁶)⁶¹⁷.

Este princípio geral de direito da União⁶¹⁸ alcançou a proeminência na jurisprudência dos tribunais europeus no domínio da concorrência, assumindo uma incomparável relevância de um ponto de vista procedimental (em especial, e como já foi feita menção, no seguimento de *dawn raids* conduzidos pela Comissão Europeia, ao abrigo do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003). Contudo, não se podendo afirmar um verdadeiro direito absoluto, está sujeito às potenciais limitações decorrentes do artigo 8.º, nº 2, da Convenção (ou seja, “quando [uma] ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”), bem como da cláusula geral de exceção do artigo 52.º, nº 1, da CDFUE (em cujos termos é admissível uma restrição ao exercício dos direitos e liberdades previstos na Carta, se estiver prevista por lei, respeitar o conteúdo essencial daqueles direitos e liberdades, se for

⁶¹⁴ Vide as Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, 2007/C 303/02, 14.12.2007, *Anotação ad artigo 7.º - Respeito pela vida privada e familiar*.

⁶¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 23.11.2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, e Administración del Estado v. Asociación del Estado*, proc. C-238/05, para. 63.

⁶¹⁶ European Data Protection Supervisor (2014), *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, pág. 2 e 26.

⁶¹⁷ Cfr. GÓRECKA, A. (2022), *Competition Law And Privacy: An Opinion on The Future of a Complicated Relationship*, Kluwer Competition Law Blog.

⁶¹⁸ Acórdão do Tribunal de 21.9.1989, *Hoechst AG v Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos 46/87 e 227/88. Para. 15.

necessária e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou se for necessária para tutelar direitos e liberdades de terceiros).

Embora seja evidente que a proteção do artigo 8.º da CEDH também se destina a acautelar agentes económicos⁶¹⁹, o TEDH entendeu que uma interpretação dos termos ‘*vida privada*’ e ‘*domicilio*’ como incluindo certas atividades ou instalações profissionais ou comerciais, além de estar em conformidade com o objeto e teleologia da norma, não prejudicaria indevidamente os Estados-Membros, que conservariam o seu direito de ingerência na medida do permitido pelo número 2 do artigo 8.º (aliás, este direito poderia até ser mais amplo do que o que seria, de outro modo, possível no caso de atividades ou instalações profissionais ou comerciais)⁶²⁰. E, portanto, seguimos o entendimento de que a proteção das empresas sob o artigo 7.º da CDFUE é mais limitado do que aquela atribuída a pessoas singulares.

a) *Revisão abrangente de casos-chave*

Com o considerável aumento de alegações perante os tribunais europeus com base nos direitos fundamentais à privacidade, parece que a elevação da Carta a instrumento jurídico primário (em dezembro de 2009) teve um impacto positivo na atratividade das suas disposições para fundamentar causas movidas jurisdicionalmente⁶²¹. Exemplo destas foi o caso *Silec Cable*⁶²², notável na medida em que, em sede de recurso perante o TJUE, a empresa invocou que o Tribunal Geral desrespeitou o seu direito fundamental à proteção das informações confidenciais, ao publicar uma comunicação entre a arguida e outra empresa no julgamento sob recurso. Isto após a Comissão aceitar o pedido de tratamento confidencial daquela comunicação e de qualquer referência ser excluída da forma publicada não confidencial da decisão⁶²³. Recusando as alegações, o Tribunal determinou que tal infração,

⁶¹⁹ European Court of Human Rights, *Case of Amann v Switzerland*, Application no. 27798/95, 16.2.2000. Para. 65. Também o já citado Acórdão *Societé Colas Est* (Application no. 37971/97), para. 41.

⁶²⁰ European Court of Human Rights (Chamber), *Case of Niemietz v. Germany*, Application no. 13710/88. Para. 31.

⁶²¹ Cfr. MACLENNAN, J.; VEREECKEN, B.; SENONER, A. (2020), cit. supra, pág. 7.

⁶²² Acórdão do Tribunal (Sétima Secção) de 14.11.2019, *Silec Cable e General Cable v Comissão Europeia*, proc. C-599/18 P.

⁶²³ Para. 24.

mesmo que fosse comprovada, seria, no máximo, suscetível de originar responsabilidade extracontratual da União Europeia (artigo 340.º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)⁶²⁴. O Tribunal acrescentou, ainda, que o sucesso de tal argumento dependeria de o recorrente conseguir provar que a revelação daquelas informações teria um efeito determinante sobre o resultado do processo perante o Tribunal Geral⁶²⁵. Uma postura por parte do TJUE, no mínimo, condenável, por não fornecer uma solução adequada ao recorrente.

Outro caso marcante teve por titular a empresa pública Checa *České Dráhy*⁶²⁶, que desafiou os poderes da Comissão para conduzir inspeções em dois casos: o primeiro questionando a legalidade de uma decisão de sujeição a uma *dawn raid* sob suspeitas da prática de preços predatórios sobre um trajeto ferroviário⁶²⁷; e o segundo contestando uma decisão assente em provas obtidas na primeira inspeção⁶²⁸. Para o efeito, a empresa argumentou que as decisões da Comissão interferiram com os seus direitos fundamentais à privacidade, sem um propósito legítimo⁶²⁹. Rejeitando a alegação, o Tribunal Geral reconheceu que o exercício dos poderes previstos no artigo 20.º, nº 4, do Regulamento n.º 1/2003, pela Comissão, constituiria uma interferência com os direitos fundamentais da empresa (embora justificada legalmente)⁶³⁰ e analisou a decisão contestada à luz dos requisitos do artigo 52.º, nº 1, da Carta. Depois, o Tribunal verificou que os poderes conferidos pelo artigo 20.º do Regulamento têm o objetivo de permitir que a Comissão “dê cumprimento à missão, que lhe é confiada pelos Tratados, de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado interno”⁶³¹ e que, portanto, a decisão de inspeção correspondeu com os objetivos de interesse geral reconhecidos pela União Europeia⁶³², especialmente a de “evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores”⁶³³ e de contribuir para a “manutenção do regime de concorrência pretendido pelos Tratados, cujo respeito se impõe imperativamente às

⁶²⁴ Para. 61.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 20.6.2018, *České dráhy, a.s. v. Comissão Europeia*, proc. T-325/16.

⁶²⁷ Para. 3.

⁶²⁸ P.e., para. 20.

⁶²⁹ Para. 162.

⁶³⁰ Para. 170-172.

⁶³¹ Para. 173.

⁶³² Para. 174.

⁶³³ Para. 173.

empresas”⁶³⁴. Por fim, o TG entendeu que, enquanto não excedesse o necessário para atingir o objetivo, a decisão de inspeção foi proporcional, à luz do artigo 5.º, nº 4, do Tratado da União Europeia⁶³⁵. Este entendimento foi confirmado pelo Tribunal de Justiça, em sede de recurso⁶³⁶, e, como resultado, a ampla margem de discricção da Comissão para conduzir *dawn raids* foi confirmada pelo Direito da União. Em particular, a Comissão estará permitida a basear uma decisão de investigação numa informação recebida por uma autoridade nacional da concorrência⁶³⁷.

Mais paradigmático e debatido nos palcos de debate jurídico dedicados ao tema da concorrência terá sido o precedente da empresa *Nexans* que, juntamente com a empresa *Deutsche Bahn*, terá contestado vigorosamente a abordagem da Comissão com as investigações *in loco*, com sucesso parcial⁶³⁸. Para o efeito, a empresa invocou o princípio da privacidade contido no artigo 7.º da CDFUE, no seu recurso judicial contra uma decisão de inspeção da Comissão Europeia, que sujeitou a empresa a quatro dias de investigação (em França) e acarretou que cópias de documentos e discos de computadores fossem removidos para inspeções mais pormenorizadas (em Bruxelas)⁶³⁹. A empresa argumentou que, na medida em que a cópia ‘*em massa*’ de dados que não foram previamente consultados pela Comissão “não se enquadrava no âmbito da competências da Comissão nos termos do Regulamento n.º 1/2003, tal apreensão constitui uma intervenção arbitrária e desproporcionada na esfera da sua atividade privada, protegida pelo artigo 7.º da Carta”⁶⁴⁰. Contrariamente, o Tribunal Geral considerou que esta reclamação carecia de fundamento⁶⁴¹ e que, ao copiar e arquivar as informações sem as submeter a um exame prévio, a Comissão não estaria a exceder o conjunto de poderes conferido pelo Regulamento⁶⁴², considerando-a uma intervenção justificável⁶⁴³. Apesar da rejeição do recurso da *Nexans*⁶⁴⁴, a verdade é que

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ Para. 112 e 175.

⁶³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 30.1.2020, *České dráhy, a.s. v. Comissão Europeia*, proc. apensos C-538/18 P e C-539/18 P.

⁶³⁷ Cfr. XUEREF-POVIAC, E. (2020), cit. supra, pág. 49.

⁶³⁸ Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 12.7.2018, *Nexans France SAS e Nexans SA v Comissão*, proc. T-449/14.

⁶³⁹ Para. 44-45.

⁶⁴⁰ Para. 39.

⁶⁴¹ Para. 64.

⁶⁴² P.e., para. 52 e segs..

⁶⁴³ Para. 93.

⁶⁴⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 16.6.2020, *Nexans France SAS e Nexans SA v Comissão Europeia*, proc. C-606/18P, para. 117.

nenhum dos seus argumentos relativos aos direitos fundamentais da empresa foram explicitamente rejeitados. Curiosamente, foi o único julgamento conhecido em que o recorrente invocou um direito fundamental à privacidade apenas com base na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (sem o apoio normativo do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Em geral, fez-se sentir um grande criticismo em torno da incompatibilidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente ao artigo 7.º com as posições do TEDH⁶⁴⁵.

No que diz respeito ao tratamento confidencial de determinadas informações, não é aconselhável evitar as lições retiradas de *Evonik Degussa*, surgido no contexto do recurso de uma decisão da Comissão perante o Tribunal Geral⁶⁴⁶ (e, mais tarde, para o TJUE⁶⁴⁷), em que a empresa alegou um desrespeito pelo artigo 8.º da CEDH e pelo artigo 7.º da CDFUE⁶⁴⁸. O Tribunal Geral notou que a informação contestada providenciada por candidatos, num programa de clemência, perdia o seu estatuto de confidencialidade após 5 anos e que, portanto, não estavam salvaguardados por qualquer direito a privacidade⁶⁴⁹. Em contrapartida, a *Evonik Degussa* argumentou que tal informação ainda constituiria elemento essencial da posição comercial da empresa, podendo a sua publicação causar-lhe sério prejuízo⁶⁵⁰. A recorrente acrescentou que aceitar esta presunção eliminaria a proteção das declarações de clemência (uma vez que os processos de sanção sobre cartéis podem demorar mais de 5 anos⁶⁵¹), e considerou que a Comissão recorrera ilegalmente a informações sobre uma operação de concentração, que integrava informações relacionadas com a sua atividade privada⁶⁵². Entendeu o Tribunal que, embora a Comissão deva observar sempre o direito fundamental à privacidade “quando recolhe informações junto de empresas no âmbito de um inquérito sobre uma infração ao direito da União em matéria de cartéis, uma pessoa não pode (...) invocar o artigo 8.º da CEDH para se queixar de um prejuízo para a sua reputação previsivelmente resultante das suas próprias ações, como no caso de uma

⁶⁴⁵ Vide p.e. STEENE, A. (2016), *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ's Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 3.

⁶⁴⁶ Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção) de 28.1.2015, *Evonik Degussa v Comissão Europeia*, proc. T-341/12.

⁶⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.3.2017, *Evonik Degussa GmbH v Comissão Europeia*, proc. C-162/15 P.

⁶⁴⁸ Proc. C-162/15 P, para. 35. Proc. T-341/12, para. 123.

⁶⁴⁹ Proc. T-341/12, para. 162.

⁶⁵⁰ Proc. C-162/15 P, para. 59.

⁶⁵¹ Para. 62.

⁶⁵² Proc. T-341/12, para. 124.

infração penal”⁶⁵³. Assim, a disposição da Convenção não pode ser mobilizada para prevenir a publicação de informações que digam respeito à participação numa infração de cartel⁶⁵⁴. Em resposta, a empresa invocou que a revelação da informação não poderia ser considerada uma consequência previsível da participação em cartel, uma vez que as informações foram providenciadas sob um programa de leniência, merecendo a tutela fundamental do direito à privacidade⁶⁵⁵. O TJUE rejeitou ambos os fundamentos do recurso que assentavam no artigo 7.º da Carta, notando que a informação perdia o seu tratamento confidencial após 5 anos, salvo se a empresa demonstre que “*apesar da sua antiguidade, tais informações ainda constituem elementos essenciais da sua posição comercial ou de terceiros*”⁶⁵⁶. Além de não aproveitar este ónus⁶⁵⁷, a empresa falhou em demonstrar que a revelação não poderia ser considerada consequência previsível da sua participação no cartel⁶⁵⁸ e em indicar as consequências da revelação sobre a reserva da sua vida privada⁶⁵⁹. A solução insatisfatória não obstou a que o TJ demonstrasse, ineditamente, que as informações fornecidas ao abrigo de um programa de clemência são, até certa medida, protegidas, e que a Comissão deve ter particular cautela ao publicá-las⁶⁶⁰.

Em outro caso, *Goldfish*⁶⁶¹, a empresa recorreu de uma decisão da Comissão que a considerou responsável por participar num cartel, alegando que os registos secretos de comunicações telefónicas comuns, por parte de um concorrente, constituíam meios ilícitos de prova, impróprios para sustentar uma acusação da Comissão⁶⁶², sob pena de contrariar a jurisprudência centrada no artigo 8.º da Convenção e a lei doméstica neerlandesa⁶⁶³. Ao rejeitar a posição da recorrente (a este propósito, faça-se breve referência ao princípio segundo o qual qualquer meio de prova obtido legalmente no Estado-Membro relevante será, em princípio, legalmente admissível perante os tribunais da União⁶⁶⁴), o Tribunal notou que,

⁶⁵³ Para. 125.

⁶⁵⁴ Para. 126.

⁶⁵⁵ Proc. C-162/15 P, para. 115.

⁶⁵⁶ Para. 64.

⁶⁵⁷ Para. 65.

⁶⁵⁸ Para. 118.

⁶⁵⁹ Para. 119.

⁶⁶⁰ Para. 55.

⁶⁶¹ Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção) de 8.9.2016, *Goldfish BV et al. v Comissão Europeia*, proc. T-54/14.

⁶⁶² Para. 35-39.

⁶⁶³ Para. 41.

⁶⁶⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 23.3.2000, *Hauptzollamt Neubrandenburg v Leszek Labis*, proc. C-310/98, e *Sagpol SC Transport Miedzynarodowy i Spedycja*, proc. C-406/98, para. 29.

ocasionalmente, os tribunais da União aprovaram a consideração de provas que poderiam não ter sido obtidos por meios legítimos⁶⁶⁵. Fazendo uma ponte com o Acórdão do TEDH *Popescu v Romania*, o Tribunal recordou que “a utilização de um registo ilegal, que era além do mais o único elemento de prova, não choca com os princípios de equidade consagrados no artigo 6.º, [n.º 1 da CEDH], incluindo quando esse elemento de prova tenha sido obtido em violação das exigências da [CEDH], em especial [do seu artigo 8.º]”⁶⁶⁶. In casu, o Tribunal avaliou a prova como licitamente obtida pela Comissão e, portanto, a última questão seria se a Comissão poderia utilizar estes meios de prova “embora tenham sido obtidos por um terceiro, eventualmente de forma ilegal, por exemplo com violação do direito à proteção da vida privada da pessoa que foi vítima das gravações litigiosas”⁶⁶⁷. Nada convencido de que a prova seria dispensada nos tribunais dos Estados-Membros (incluindo pelas cortes holandesas), o TG considerou que a Comissão estava legitimada a utilizar as gravações em causa como prova⁶⁶⁸, uma vez que as salvaguardas procedimentais relevantes (p.e., o direito de acesso ao processo) foram devidamente acauteladas, e que a Comissão contava com outros elementos probatórios⁶⁶⁹. Ulteriormente, chegou a avaliar as gravações como tendo uma “ligação imediata e direta com o objeto da investigação em causa”⁶⁷⁰, e, portanto, seriam elementos probatórios particularmente valiosos.

Finalmente, o incontornável precedente num recurso de *Deutsche Bahn*⁶⁷¹. A empresa recorreu de uma decisão da Comissão de conduzir uma inspeção, alegando que a falta de autorização judicial prévia da inspeção constituiria uma infração ao artigo 7.º da Carta e ao artigo 8.º da Convenção⁶⁷², e invocando que o Tribunal Geral havia desconsiderado a jurisprudência do TEDH em *Société Colas Est et al. v France*⁶⁷³, na medida em que declarou que a falta de um mandado judicial prévio “constitui apenas um dos elementos levados em conta pelo TEDH para concluir pela existência de uma violação do artigo 8.º da CEDH”⁶⁷⁴. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça concluiu que não existia qualquer infração ao

⁶⁶⁵ Ac. *Goldfish*, para. 44.

⁶⁶⁶ Para. 54.

⁶⁶⁷ Para. 60.

⁶⁶⁸ Para. 73.

⁶⁶⁹ Para. 63-67.

⁶⁷⁰ Para. 71, *in fine*.

⁶⁷¹ O já citado proc. C-583/13.

⁶⁷² Para. 10.

⁶⁷³ Cit. *supra*.

⁶⁷⁴ Para. 14.

artigo 7.º da Carta, destacando que o TEDH declarou que “*a ingerência pública pode ir mais além no caso de instalações ou de atividades profissionais ou comerciais do que noutros casos*”⁶⁷⁵, e que os poderes de investigação ao abrigo do artigo 20.º, nº 2, do Regulamento n.º 1/2003, se limitariam a “*autorizar os agentes [da Comissão] a (...) entrarem nos locais que esses poderes designam, exigirem a apresentação e fazerem cópia dos documentos que solicitem, bem como exigirem que lhes seja mostrado o conteúdo dos móveis que indiquem*”⁶⁷⁶. A existência de uma fiscalização jurisdicional *a posteriori* permite compensar a falta de um mandado judicial prévio e constitui, portanto, uma garantia fundamental para assegurar a compatibilidade da medida de inspeção em causa com o artigo 8.º da Convenção⁶⁷⁷. Assim, o Tribunal Geral estaria correto ao sustentar que o direito fundamental à inviolabilidade de instalações privadas (no sentido pretendido pelo legislador no artigo 8.º da CEDH) não foi desrespeitado pela mera ausência de uma autorização judicial prévio, não se verificando, igualmente, qualquer infração ao artigo 7.º da Carta⁶⁷⁸.

b) *Luxemburgo vs. Estrasburgo – Será o Regulamento de aplicação da concorrência incompatível com o sistema de tutela de direitos fundamentais atual?*

Apesar de o Tribunal insistir que as suas revisões de buscas e apreensões são conformes com os direitos, na prática, baseia-se na sua jurisprudência complexa para negar um auxílio significativo aos requerentes. Embora pretenda, agora, considerar os casos do TEDH, a sua abordagem atual coloca-o, em grande medida, em contradição com o peso dos precedentes da CEDH (não obstante, como já foi confirmado, uma abordagem semelhante à privacidade na Carta e na Convenção). Embora estas decisões sejam, certamente, importantes para compreender a abordagem do TJ em relação aos direitos fundamentais, os processos *antitrust* são particularmente reveladores, por serem de natureza quase penal e envolverem uma análise, pelo Tribunal, da conduta de outra instituição da União (a Comissão). Observando

⁶⁷⁵ Para. 20.

⁶⁷⁶ Para. 23.

⁶⁷⁷ Para. 32.

⁶⁷⁸ Para. 35-36.

o histórico do TEDH, compreendemos que, quando uma autoridade efetua uma busca a uma empresa e apreende os seus documentos, há uma interferência *prima facie* nos direitos da empresa, ao abrigo do artigo 8.º, independentemente de a informação ser legalmente privilegiada ou confidencial⁶⁷⁹. Quando é necessário um mandado de busca, o seu âmbito deve ser razoavelmente limitado para satisfazer o n.º 2, do artigo 8.º da Convenção⁶⁸⁰.

A primeira grande incursão do TEDH nas buscas de concorrência ocorreu em 2010, com os já referenciados Acórdãos *Canal Plus*⁶⁸¹ e *Primagaz*⁶⁸², em que a ANC francesa efetuou buscas autorizadas judicialmente nas instalações das recorrentes. Na altura, nos termos do direito francês, o controlo jurisdicional integral de uma busca só era possível após a apresentação de uma decisão de infração e de um recurso. Mesmo que as empresas-objeto de buscas acabassem por ser multadas por violações da concorrência, o Tribunal observou que tal aconteceria, normalmente, anos após as buscas (tal atraso, segundo o Tribunal, violava o direito de obter uma medida adequada num prazo razoável, direito fundamental já abordado, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção⁶⁸³). Por outro lado, embora o Tribunal tenha reconhecido que o direito fundamental à privacidade estava em causa, considerou que os requisitos do n.º 2 do artigo 8.º estavam preenchidos. Em particular, considerou que a autorização judicial prévia e o controlo judicial contínuo da busca garantiram que cada busca e apreensão foi estritamente adaptada às necessidades legítimas da Autoridade da Concorrência e era, por conseguinte, necessária numa sociedade democrática, embora essa mesma supervisão judicial não estivesse em conformidade com o artigo 6.⁶⁸⁴

O processo seguinte, também já abordado, *Delta Pekárny v. Czech Republic*⁶⁸⁵, dizia respeito a uma busca sem autorização judicial prévia. Embora defendendo a legalidade desta abordagem, os tribunais checos citaram o Regulamento n.º 1/2003 da EU e a jurisprudência do TJUE como prova de que o controlo judicial *ex post* era suficiente para estar em conformidade com o artigo 8.º da CEDH⁶⁸⁶. O TEDH também aceitou que a ausência de um

⁶⁷⁹ European Court of Human Rights, First Section, *Case of Robathin v. Austria*, Application no. 30457/06, 12.10.2012, para. 44.

⁶⁸⁰ *Ibid*, para 44. Conforme mencionado supra, na ausência de autorização judicial prévia, devem existir, pelo menos, outras garantias processuais suficientes para tutelar os direitos do requerente (para. 47).

⁶⁸¹ App. No. 29408/08.

⁶⁸² App. No. 29613/08.

⁶⁸³ Acórdão *Société Canal Plus* (App. No. 29408/08), para. 40.

⁶⁸⁴ *Idem*, para. 54-58.

⁶⁸⁵ App. No. 97/11.

⁶⁸⁶ Para. 6.

mandado de busca pode, em teoria, ser compensada por um controlo judicial *ex post* eficaz⁶⁸⁷, mas não deixou de sublinhar que esse controlo tinha de prever uma reparação adequada, incluindo a destruição do material devidamente apreendido⁶⁸⁸. Além disso, o TEDH considerou que os recursos contra a constatação de uma infração *antitrust* e contra a coima não eram instâncias adequadas para apresentar uma contestação contra a busca, porque nenhum deles deu ao requerente a oportunidade de contestar a conduta da autoridade⁶⁸⁹. Assim, as leis checas de buscas não seriam proporcionais com um objetivo legítimo e violariam o artigo 8.º da Convenção⁶⁹⁰.

Por último, o requerente no processo *Vinci v. France* alegou violações dos artigos 6.º e 8.º da CEDH, nomeadamente devido à inexistência, na altura da busca, de um direito efetivo de recurso⁶⁹¹. O Tribunal tratou rapidamente o ponto relativo ao artigo 6.º, recordando que já se tinha pronunciado contra a França no que se refere às regras processuais relativas à inspeção (em *Canal Plus* e *Primagaz*). Do mesmo modo, lembrou que já havia determinado que as inspeções sem anúncio prévio poderiam violar os direitos conferidos pelo artigo 8.º, a não ser que fossem prescritas legalmente, prosseguissem objetivos legítimos e fossem necessárias⁶⁹². Concluindo que os dois primeiros requisitos estariam verificados (por serem conduzidas de acordo com o direito francês, dirigidas a encontrar provas de condutas anticoncorrenciais e não sendo desproporcionais), o TEDH observou que algumas salvaguardas processuais estavam providenciadas pela lei francesa, o que não poderia ser afirmado efetivamente quanto à terceira exigência (não obstante a apreensão apenas haja incidido sobre documentos no âmbito da investigação, alguns destes estariam abrangidos pelo segredo das relações entre um advogado e o seu cliente)⁶⁹³. Adicionalmente, ficou a consideração de que as empresas não tiveram oportunidade, no decorrer da inspeção, de discutir se a apreensão dos documentos seria apropriada e proporcional à investigação em curso, ficando a conclusão da sua desproporcionalidade e da violação do artigo 8.º.

⁶⁸⁷ Para. 83.

⁶⁸⁸ Para. 92.

⁶⁸⁹ Para. 90.

⁶⁹⁰ Paras. 93-94.

⁶⁹¹ European Court of Human Rights, Fifth Section, *Case of Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*, Applications no. 63629/10 and 60567/10, 02.07.2015.

⁶⁹² Cfr. RAWNSLEY, C. (2015), *Vinci Constructions e.a. v France: Limits on Unannounced Inspections on the Basis of Rights to a Fair Trial and to the Respect for Privacy*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 7. Pág. 492.

⁶⁹³ *Ibid*, pág. 493.

Já da perspectiva do TJUE, observando as disposições do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão Europeia não carece de autorização judicial para obter um mandado, limitando-se a adotar uma decisão (documento escrito) que a autorize a realizar a busca na empresa na procura de provas que digam respeito a mercados de produtos e geografias específicas⁶⁹⁴. Esta falta de autorização prévia levou ao estabelecimento inevitável de comparações com o processo *Delta Pékárny*⁶⁹⁵ e ao questionamento da compatibilidade entre o Regulamento e os direitos fundamentais abrigados nos artigos 6.º e 8.º da Convenção (e seus correspondentes na CDFUE)⁶⁹⁶. Em *Deutsche Bahn*⁶⁹⁷, o TJUE rejeitou a sugerida incompatibilidade, notando que a autorização judicial prévia para uma busca só seria necessária na ausência salvaguardas significativas que restrinjam suficientemente os poderes da Comissão⁶⁹⁸, e que o regime do Regulamento n.º 1/2003 previa cinco categorias de garantias desta ordem⁶⁹⁹: a necessidade de fundamentação da decisão de inspeção⁷⁰⁰, as restrições impostas à Comissão no decorrer da inspeção⁷⁰¹, a impossibilidade de a Comissão impor a inspeção pela força⁷⁰², a intervenção das instâncias nacionais⁷⁰³ e a existência, *a posteriori*, de vias de recurso⁷⁰⁴. Infelizmente, várias destas garantias não se encontram devidamente salvaguardadas, desde logo, porque a Comissão não pode impor uma inspeção por força, mas pode aplicar uma coima se a empresa se recusar a submeter-se a uma inspeção determinada por decisão⁷⁰⁵ (a qual, conforme esclareceu o Tribunal, apenas pode ser utilizada em caso de obstrução evidente ou de utilização abusiva do direito de oposição⁷⁰⁶, continuando a impossibilitar que as empresas compreendam até que nível poderão exercer os seus direitos de defesa sem estarem sujeitas a uma sanção⁷⁰⁷).

⁶⁹⁴ Regulamento (CE) n.º 1/2003. Artigo 20.º, n.º 4.

⁶⁹⁵ Já mencionado (Application no. 97/11).

⁶⁹⁶ P.e., *vide* NERUDA, R., BARINKA, R. (2015), cit. supra, pág. 413.

⁶⁹⁷ Cit. supra, proc. apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11.

⁶⁹⁸ Para. 73.

⁶⁹⁹ Para. 74.

⁷⁰⁰ Para. 75-78.

⁷⁰¹ Para. 79-84.

⁷⁰² Para. 85-90.

⁷⁰³ Para. 91-94.

⁷⁰⁴ Para. 95-101.

⁷⁰⁵ Com base no artigo 23.º, n.º 1, al. c), do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

⁷⁰⁶ Para. 90. Infelizmente, a fronteira entre a recusa legítima a cooperar e o abuso do direito de oposição continua por traçar, cabendo à Comissão, em última *ratio*, esse juízo. Cfr. STEENE, A. (2016), *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ's Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, No. 3, pág. 183.

⁷⁰⁷ Cfr. THÉOPHILE, D., SIMIC, I. (2012), *Legal Challenges to Dawn Raid Inspections under the Principles of EU, French and ECHR Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 6, pág. 512.

O evidente peso de autoridade do TEDH requer que os sistemas jurisdicionais que não exijam uma autorização judicial prévia para mandados assegurem um sistema de revisão *ex post* intensivo, que deve ser metido em moção num prazo razoável após os eventos contestados, e acompanhado de medidas adequadas, incluindo o poder de ordenar a destruição ou devolução dos documentos indevidamente apreendidos⁷⁰⁸. Embora o TJUE tenha ilibado o Regulamento n.º 1/2003 de alegações de incompatibilidade com os direitos fundamentais, em *Deutsche Bahn*, não podemos afirmar que tenha empregado um raciocínio infalível. No caso de documentos recolhidos fora do âmbito legal de uma decisão da Comissão, ficou demonstrado que não existe uma causa de pedir que satisfaça os requisitos do TEDH: nos pedidos de anulação de decisões de inspeção (artigo 263.º, TFUE), o Tribunal não vai analisar o mérito da maioria das alegações de impropriedade durante a busca e, mesmo que o fizesse, não tem poderes para ordenar à Comissão que devolva ou destrua o material que recolheu. Assim, a revisão disponível, e analisada anteriormente, não é suficientemente completa para satisfazer os critérios exigidos pelo TEDH para estar em conformidade com o artigo 6.º ou 8.º da CEDH. É lamentável que o TJUE não tenha aproveitado o processo *Deutsche Bahn* como oportunidade para refletir sobre o crescente afastamento da jurisprudência do TEDH, reforçando os argumentos a favor da adesão da União à Convenção, e consequente sujeição da sua orgânica ao controlo fiscalizador de Estrasburgo.

c) *Do segredo das comunicações entre um advogado e o seu cliente*

Observando a esfera individual, qualquer pessoa sujeita a uma jurisdição deve ter a possibilidade de contactar de forma irrestrita o seu advogado, que a aconselhará juridicamente, de forma independente⁷⁰⁹. Sob a mesma racionalidade, qualquer Estado-Membro conta com uma tutela de confidencialidade da correspondência entre o advogado e

⁷⁰⁸ Cfr. STEENE, A. (2016), cit. supra, pág. 193.

⁷⁰⁹ Na ordem jurídica portuguesa, temos p.e. o artigo 81.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro).

o seu cliente⁷¹⁰ (não obstante uma eventual divergência metodológica e de grau de proteção entre os diversos ordenamentos). Contudo, no direito da União Europeia, apenas encontramos reflexo deste princípio na sua jurisprudência⁷¹¹, sem qualquer manifestação legislativa ao nível jurídico-comunitário (nem, note-se, nos Regulamentos 17/62 e 1/2003).

Como se depreende, pelo facto deste princípio se centrar na tutela do cliente (*in casu*, uma empresa ou associação de empresas), a aplicabilidade do direito à confidencialidade destas comunicações no quadro do direito da concorrência europeu assume contornos peculiares, especialmente quando a(s) empresa(s) visada(s) é alvo de uma investigação pelas autoridades da concorrência. De todo o modo, esta correspondência é causa de uma limitação ao exercício dos poderes de investigação da Comissão Europeia⁷¹², relativa aos documentos que possam estar sob proteção da relação especial entre advogado e cliente, assumindo uma especial confidencialidade em relação à Comissão⁷¹³. Fica a nota especial, contudo, da exclusão jurisprudencial da confidencialidade das comunicações entre a empresa e os chamados “*in-house lawyers*” (consultores jurídicos internos), desde que o façam sob uma relação de trabalho subordinado, bem como o aconselhamento jurídico por advogados de países externos à União⁷¹⁴. Esta confidencialidade depende, sobretudo, do estatuto de independência do advogado, e, portanto, o facto de o advogado interno estar inscrito na ordem profissional correspondente (e sujeito, conseqüentemente, aos deveres deontológicos subjacentes) não é critério autonomamente suficiente para este tratamento especial⁷¹⁵.

Para que as comunicações entre os advogados e as empresas representadas estejam sujeitas à doutrina *AM & S Europe*, há que se verificar o preenchimento cumulativo de dois

⁷¹⁰ Assim p.e. no artigo 179.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português.

⁷¹¹ Acórdão do Tribunal de 18.5.1982, *AM and S Europe Limited v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 155/79, pág. 1610.

⁷¹² Cfr. RESENDE ALVES, D., MAGALHÃES SILVA, M., (2014), O respeito pelos Direitos Fundamentais nos procedimentos de Direito Europeu da concorrência no âmbito do Regulamento n.º 1/2003, *Revista Juris*, Ano I, n.º 1, Março/Abril, pág. 58.

⁷¹³ *Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE*, 2011/C 308/06, Considerando 51.

⁷¹⁴ *Supra* citado Acórdão *AM & S* (proc.155/79), para. 21 (pág. 1611). *Vide* MOURA E SILVA (2020), *ibid*, pág.339.

⁷¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.9.2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e Akros Chemicals Ltd. v Comissão Europeia*, para. 40 e segs. O mesmo não ocorre no ordenamento português, onde os advogados independentes e os *in-house lawyers* não são abordados nesta matéria discriminadamente, o que suscita uma questão de primazia do direito da União sobre o direito nacional. Cfr. MOURA E SILVA (2020), *cit. supra*, pág. 340.

requisitos⁷¹⁶: em primeiro lugar, a comunicação deve ser realizada com vista aos direitos de defesa do cliente, e nos interesses deste⁷¹⁷; em segundo lugar, como já mencionado, que se tratem de advogados independentes, habilitados à prática profissional num Estado-Membro e não estando sujeito a um vínculo laboral com o cliente⁷¹⁸. Caso, no decorrer de uma inspeção sob o artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, uma empresa se recuse a submeter a transmitir comunicações escritas com o seu advogado, sob o pretexto do *Legal Professional Privilege*, aquela deverá fornecer aos agentes autorizados indícios dessa relação, não se obrigando a revelar tal conteúdo⁷¹⁹. Para o efeito, poderá identificar o autor da comunicação pretendida, explicitar os respetivos deveres e responsabilidades das partes na relação especial, e referenciar o propósito específico daquela comunicação⁷²⁰.

d) As ‘fishing expeditions’ da Comissão Europeia

Conforme já temos vindo a confirmar, não obstante a ampla margem discricionária da Comissão aquando da investigação de potenciais infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, este espaço de ação possível não é ilimitado⁷²¹. Em particular, a Comissão não está autorizada a embarcar em investigações aleatórias (i.e., as chamadas ‘fishing expeditions’), na tentativa de identificar potenciais preocupações concorrenciais sem evidências adequadas *prima facie* que justifiquem as suas suspeitas (ou seja, não deve “proceder indiscriminadamente a diligências de instrução na falta de suspeitas concretas”)⁷²². As

⁷¹⁶ Cfr. WILS, W. (2019), *Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure*, World Competition, Vol. 42, Issue 1, pág. 6 e segs.

⁷¹⁷ Acórdãos *AM & S* (proc. 155/79), para. 21-22, e *Akzo Nobel Chemicals* (proc. C-550/07 P), para. 40-41.

⁷¹⁸ Acórdãos *AM & S* (proc. 155/79), para. 21-26, e *Akzo Nobel Chemicals* (proc. C-550/07 P), para. 40-119.

⁷¹⁹ Acórdão *AM & S* (proc. 155/79), para. 29.

⁷²⁰ Cfr. WILS, W. (2019), *ibid*, pág. 16.

⁷²¹ Desde logo e entre muitos outros, o já citado Acórdão *Nexans* perante o Tribunal Geral (proc. T-135/09), para. 45. Cfr. VESTERDORF, B., FOUNTOUKAKOS, K. (2021), *A New Competition Tool into Old Bottles? Considerations on the Legal Design of the European Commission’s Proposed NCT*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 12, No. 4, pág. 292.

⁷²² Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT apresentadas em 14.4.2011, no proc. C-109/10 P (*Solvay v Comissão*), n.º 138.

dawn raids foram longamente criticadas pela doutrina e por profissionais por resultarem, frequentemente, nestas expedições baseadas aparentemente em aleatoriedade⁷²³.

Ao realizar *fishing expeditions*, a Comissão faz buscas às instalações da empresa, à procura de documentos e informações que poderão ser úteis à descoberta de potenciais infrações ao direito da concorrência em toda a atividade da empresa, incluindo em termos e objetos sobre os quais a Comissão não tinha qualquer fundamento para suspeita⁷²⁴. As empresas veem-se revestidas, assim, de um direito fundamental a contestar estas inspeções (correspondentes *contra facie* ao dever fundamental de a Comissão fundamentar suficiente e previamente as suas suspeitas), que comportam cópias forenses de ficheiros eletrónicos e inquiridos aos seus funcionários, desde que tais inspeções afetem os interesses da empresa, mediante os seus efeitos juridicamente vinculativos⁷²⁵. O mesmo não será verdade para a possibilidade pacífica de a Comissão coletar documentos e cópias digitais pertencentes à empresa que digam respeito a acordos e/ou práticas concertadas que, provavelmente, terão alcance global, desde que tenham fundamento suficiente para acreditar que tais elementos permitirão a identificação de práticas proibidas na moldura de tutela da concorrência no direito da União Europeia⁷²⁶.

Confrontado, mais recentemente, com esta problemática, o Tribunal de Justiça esclareceu que a Comissão não poderá embarcar nestas buscas aleatórias em circunstâncias em que a Comissão possa recorrer a pedidos de informação para obter dados que transcendam o escopo específico da infração suspeitada, ou com um propósito vago⁷²⁷. A preocupação com estas inspeções abusivas é particularmente relevante no atual contexto em que os poderes de inspeção da Comissão Europeia são tão extensivos, a sua

⁷²³ Cfr. DI FEDERICO, G. (2013), cit. supra, pág. 29. A crítica a estes mecanismos facilmente se compreende, pela possibilidade de a Comissão enveredar por estas buscas sem fundamento nem rumo predefinido, com a esperança de eventualmente se deparar com indícios incriminatórios da empresa que, de outra forma, e sob a plena salvaguarda dos seus meios de defesa fundamentais, não seriam encontrados. Na extremidade do debate, poderíamos mesmo chegar ao confronto entre a segurança jurídica e as legítimas expectativas da empresa visada, por um lado, e o interesse da ordem pública em detetar e punir infrações ao direito, reafirmando a sua validade perante a comunidade.

⁷²⁴ Cfr. PUEL, F. (2013), *Nexans: Some Limitations to Inspections Carried Out by the European Commission in the Context of Investigations*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 4, pág. 313.

⁷²⁵ Cfr. PUEL, F. (2013), *ibid*, pág. 313.

⁷²⁶ *Idem*, pág. 314.

⁷²⁷ Vide a jurisprudência *Cement*, nos processos C-247/14 (*HeidelbergCement AG*), C-248/14 (*Schwenk Zement KG*), C-267/14 (*Buzzi Unicem SpA*) e C-268/14 (*Italmobiliare SpA*). Cfr. CARLONI, F., DA COSTA, G. (2016), *Judgements in the Cement Case: Requirement for Greater Clarity, Specificity, and Justification of Information Requests from the Commission*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, No. 7, pág. 459.

discricionariedade tão ampla, e o seu poder decisório sujeito a tão poucos controles prévios⁷²⁸. A fiscalização destas exigências é procedida nos termos do controlo jurisdicional efetivo do Tribunal de Justiça, nos termos já descritos.

e) A apreensão de comunicações eletrónicas: o paradigma constitucional português

Na Constituição da República Portuguesa, o legislador optou por admitir a intromissão na correspondência se for destinada à prova de crimes no âmbito processual penal (art. 34.º, nº 4, CRP). Já o Regime Geral das Contra-Ordenações (RJCO) veda a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação (art. 42.º).

Em torno da complexidade e relevância do tema, surge a posição do Acórdão nº 91/2023 do Tribunal Constitucional, onde o TC refere que “no domínio do correio eletrónico, a marcação de certa mensagem como aberta constitui um evento imprescindível para determinar a comunicação – e, em consequência, a paralisação da proteção especialmente concedida pelo artigo 34.º da Constituição, devendo entender-se que a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada””.

Em justificação, o Tribunal invoca que a abertura e leitura de uma mensagem eletrónica, é indetetável (não sendo estranho o gesto de marcar como “não lida” uma mensagem já analisada), entendendo que “o critério decisivo de que a mensagem chegou definitivamente ao destinatário não será, por conseguinte, a marcação da mensagem como lida, mas sim o seu arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual” (i.e., apenas poderá ser alvo de apreensão o conteúdo definitivamente arquivado pelo seu destinatário). Para

⁷²⁸ Cfr. CITRON, P. (2015), *European Commission dawn raids – Advocate General recommends the avoidance of “fishing expeditions”*, Kluwer Competition Law Blog, Wolters Kluwer.

mais, No seu voto de vencido, AFONSO PATRÃO demonstrou que a distinção entre uma comunicação não lida e outra lida não passa de artificial e falível.

Na esteira racional deste último, o Direito Penal deve conservar a sua intervenção como ramo da ciência jurídica de *ultima ratio*, assegurando um leque suficientemente alargado de direitos de defesa da arguida e respeitando o princípio da separação de poderes (i.e., reservando a direção do inquérito a uma magistratura – o Ministério Público – e não à AdC, como autoridade administrativa). Debatível será a posição do Tribunal, que considera o processo por infração às regras da concorrência um “processo criminal”, quando o legislador fez a opção de distinguir as suas infrações das comuns penas.

4.2. Benefício dos programas de clemência na concorrência europeia

As políticas de clemência (também referidas como de leniência, de amnistia ou imunidade), no seio do direito da concorrência, estão programadas para detetar e punir cartéis, recompensando a cooperação no âmbito da investigação da Comissão às empresas participantes em coligações ilícitas que infrinjam a política comunitária da concorrência⁷²⁹. No fundo, trata-se de uma nomenclatura genérica para designar a redução, total ou parcial, do montante das sanções aplicadas, aplicável àquelas empresas que cooperem com as autoridades da concorrência, no decorrer de investigação sobre práticas anticoncorrenciais⁷³⁰, devido ao valor intrínseco da colaboração da empresa para detetar a existência de um cartel⁷³¹. Assim, um participante num cartel secreto (independentemente das restantes empresas em conluio) que coopere numa investigação neste âmbito (p.e. ao facultar voluntariamente informações do seu conhecimento sobre o cartel e o papel que nele desempenha), poderá receber, em contrapartida, dispensa ou redução de coima aplicável pela

⁷²⁹ Cfr. VAZ FREIRE, P. (2014), *Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência*, Cadernos de Pós-Graduação em Direito, 30 (2), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pág- 191-203.

⁷³⁰ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA (2002), *Clémence (programme de -)*, in «Glossaire des termes employés dans le domain de la politique de concurrence de l’Union européenne - Antitrust et contrôle des opérations de concentration», Direction Générale de la Concurrence, Bruxelles, pág. 10.

⁷³¹ *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, 2006/C 298/11. Para. 4.

sua participação no cartel, mediante decisão ou suspensão do processo⁷³². Embora não conheça expressão na CEDH, na CDFUE, nem nos constitucionalismos dos Estados-Membros⁷³³, não deixa de conformar um meio de defesa importantíssimo na esfera das empresas em casos por infração ao direito da concorrência, merecendo, assim, menção honrosa.

Enquanto práticas ilícitas, é natural que se note nos cartéis uma tendência a assumir uma morfologia assente em acordos secretos – a um nível orgânico e organizacional –, obstruindo a sua deteção e processo sancionatório. Aliás, e como nota MOURA E SILVA (2020), o sucesso relativo dos esforços da Comissão entre as décadas de 60 e 70, contra alguns cartéis, levou a que os infratores desenvolvessem métodos cada vez mais sofisticados para ocultar a sua participação nos ilícitos contra a concorrência⁷³⁴. Como tentativa de resposta a este fenómeno, os ordenamentos jurídicos ocidentais adotaram este mecanismo que, baseando-se na atribuição de benefícios às empresas que denunciem um eventual cartel em que tomem parte, junto das autoridades competentes⁷³⁵. É uma tipologia de resposta vista como positiva, desde logo por permitir a deteção, análise e punição de uma quantia significativamente maior de cartéis, permitindo uma mobilização mais eficiente de recursos (materiais e humanos) face ao combate contra os comportamentos anticoncorrenciais no mercado. No fundo, estes programas terão sempre objetivos repressivos e preventivos⁷³⁶, que permitem (nomeadamente) à Comissão prosseguir com a punição de infrações ao direito da concorrência ao mesmo tempo que é assegurado o respeito pelo direito de uma empresa não ser sancionada por comportamentos de que é inocente⁷³⁷.

A já mencionada descentralização dos instrumentos de aplicação do direito europeu da concorrência (operada p.e. pelo Regulamento n.º 1/2003 e pela Diretiva ECN+) motivou à proliferação de programas de clemência nos Estados-membros da União⁷³⁸, culminando sob

⁷³² Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, L 349/1. Artigo 2.º, n.º 15.

⁷³³ Os principais instrumentos que temos vindo a prever, que salvaguardam a tutela legal dos direitos fundamentais.

⁷³⁴ Cfr. MOURA E SILVA (2020), cit. supra, pág. 363.

⁷³⁵ Cfr. VAZ FREIRE, P. (2014), *ibid*, pág. 192.

⁷³⁶ Cfr. XAREPE SILVÉRIO, F. (2012), *O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: novas valências, novos desafios*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 3, N.º 10, Abril Junho. Pág. 254.

⁷³⁷ Cfr. WHISH, R., BAILEY, D. (2021), op. cit. supra, pág. 249.

⁷³⁸ Vide XAREPE SILVÉRIO, F. (2012), *ibid*, pág. 249.

a forma do programa de clemência da ECN de 2006⁷³⁹. No caso português, como a própria letra sugere (“regime de dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência”), o regime distingue duas modalidades que cabem sob a sua teleologia – os casos de imunidade total (ou de *dispensa*)⁷⁴⁰ e os que originam imunidade relativa ou parcial (*redução*)⁷⁴¹.

Assim, aquelas empresas que optarem pela participação numa coligação ou concentração ilícita sob a política comunitária da concorrência, estando assim sujeitas a uma coima⁷⁴², têm à sua disposição a opção de delatar os seus co-infratores, em troca por uma recompensa da justiça punitiva da concorrência. Para tal, poderão apresentar documentos preexistentes, transmitir as informações que possuam acerca de um cartel ou papel que nele desempenharam, através de declarações especificamente elaboradas a serem apresentadas no programa de clemência⁷⁴³.

Manter o secretismo dos documentos do programa de clemência sempre foi prioridade-chave da Comissão Europeia e de todas as agências de concorrência desde a instalação de programas de delação, como reconhecido pelo Tribunal⁷⁴⁴. Embora esta confidencialidade não constitua um princípio absoluto, apenas poderá ser alvo de limitações quando comparado com interesses de peso equivalente, associados ao objetivo de manter o direito de

⁷³⁹ O programa pode ser visitado em https://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf (verificado em outubro de 2023).

⁷⁴⁰ No caso luso, é dispensada a coima à primeira empresa, participante num alegado cartel, que forneça informações e elementos de prova que permitam, alternativamente, fundamentar a realização de diligências de busca e apreensão (à “*data da receção do pedido*” e se a autoridade “*não disponha ainda de elementos suficientes para proceder a essa diligência ou não tivesse já realizado tal inspeção*”) ou verificar a existência de uma infração ao direito da concorrência (i.e., ao disposto no art. 75.º da LdC), se a autoridade ainda não dispuser de elementos de prova suficientes e se “*nenhuma outra empresa tenha reunido previamente as condições para beneficiar da dispensa da coima (...) relativamente ao mesmo cartel secreto*”. Lei n.º 19/2012, art. 77.º, n.º 1. Neste caso, passa a recair sobre a empresa um dever de cooperação perante a AdC, podendo-lhe ser exigido que colabore para efeitos de diligências de inquirição.

⁷⁴¹ A redução de coima beneficia as empresas que reúnam, cumulativamente, as condições previstas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do art. 78.º da LdC, produzindo o efeito previsto no n.º 2 do preceito normativo.

⁷⁴² No paradigma português, e sob a égide do artigo 68.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, o seu valor será determinado pela Autoridade da Concorrência, seguindo os critérios elencados pelo artigo 69.º, n.º 1, Lei n.º 19/2012. Em geral, esta coima ascende até 10% do valor do volume de negócios da empresa infratora realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência. Uma solução, faz-se o reparo, decalcada da legislação europeia, permitindo o aproveitamento da *ratio* subjacente a essa solução comunitária. Vide AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (2013), *Nota informativa sobre o Regime de dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência* (consultado em setembro de 2023, https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-media/DR_NOTA%2520INFORMATIVA_CLEMENCIA_PosPublReguDR_03_01-2013.pdf).

⁷⁴³ *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, 2006/C 298/11. Para. 6.

⁷⁴⁴ No já abordado Acórdão *Pfleiderer v Bundeskartellamt*, proc. C-360/09, para. 26.

compensação por danos anticoncorrenciais prático e efetivo⁷⁴⁵. Estes valores foram particularmente confrontados em *Evonik Degussa*⁷⁴⁶, onde o TJ diferenciou “a publicação, sob a forma de citações literais, de elementos de informações tirados dos documentos fornecidos à Comissão por uma empresa em apoio de uma declaração efetuada com o objetivo de obter a clemência” (que deve ser autorizada no respeito da proteção devida às informações confidenciais) e a “publicação de citações literais dessa própria declaração” (em contra face, nunca permitida)⁷⁴⁷. Na mesma decisão, o Tribunal tomou a oportunidade para esclarecer que o direito à proteção da vida privada (art. 8.º da CEDH e art. 7.º da CDFUE) não poderia reforçar as expectativas de confidencialidade das afirmações dos candidatos a clemência⁷⁴⁸ (acrescentando que, “embora as informações controvertidas apresentem uma pertinência direta quanto aos elementos constitutivos da infração e à participação da recorrente na mesma”, esta deveria prever que essas informações pudessem ser objeto de uma decisão pública⁷⁴⁹).

4.3. Breves considerações sobre o procedimento de transação em casos de cartel

No seguimento do sucesso do regime de clemência, e de um assinalado problema de gestão de recursos pela Comissão, esta introduziu um novo procedimento de transação, com vista à celeridade processual, mediante uma alteração ao Regulamento n.º 773/2004⁷⁵⁰, que veio estender o benefício de redução de coimas em casos de cartéis à participação no procedimento de transação⁷⁵¹.

⁷⁴⁵ No já mencionado Acórdão *Bundswettbewerbsbehörde v Donau Chemie*, proc. C-536/11, para. 23-24 e 31-33.

⁷⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.3.2017, *Evonik Degussa GmbH v Comissão Europeia*, proc. C-162/15 P.

⁷⁴⁷ Para. 87.

⁷⁴⁸ Para. 117.

⁷⁴⁹ Para. 188.

⁷⁵⁰ Além da *Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis*, 2.7.2008 (2008/C 167/01).

⁷⁵¹ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *op. cit.*, pág. 366.

Caso a arguida decida apresentar uma proposta de transação, esta deve incidir sobre “o reconhecimento em termos claros e inequívocos da responsabilidade dos interessados diretos relativamente à infração, a qual será descrita resumidamente no que se refere ao seu objeto, à sua eventual execução, aos principais factos, à sua qualificação jurídica, incluindo o papel do interessado direto, e à duração da sua participação na infração, em conformidade com os resultados das conversações conducentes à transação”⁷⁵². A proposta deve indicar o montante máximo de coima que a empresa prevê, e que aceitaria no procedimento de transação, e provoca a renúncia da arguida a aceder ao processo e a uma audição oral, exceto se “a Comissão não refletir a sua proposta de transação na comunicação de objeções e na decisão”⁷⁵³. A Comissão tem de concordar com a proposta de transação (incluindo valor máximo de coima proposto), e esta apenas poderá ser unilateralmente retirada se aquela não aceitar as propostas de transação (ou se emitir uma decisão em procedimento de transação quanto às arguidas que aceitaram o procedimento e uma decisão condenatória normal quanto às restantes)⁷⁵⁴. A comunicação de acusações virá aceitar a proposta se refletir o seu conteúdo quanto às questões discutidas com a arguida e na decisão final se aplicar coima não superior ao máximo proposto⁷⁵⁵.

Portanto, há sempre uma comunicação de acusações e uma decisão final, e a proposta de transação opera como antecipação à defesa, permitindo a sua reflexão na comunicação de acusações⁷⁵⁶. Se a Comissão rejeitar a proposta, o reconhecimento das objeções é considerado revogado, não podendo ser utilizado como elemento de prova contra qualquer dos interessados⁷⁵⁷. Neste caso, a arguida poderá apresentar uma defesa *ex novo*, incluindo o pedido de consulta de processo e de audição de oral. Se, *a contrario*, a Comissão aceitar, o procedimento de transação resultará na aplicação de uma redução de 10% no valor da coima imposta, a que pode acrescer (quando aplicável) a redução em procedimento de clemência⁷⁵⁸.

⁷⁵² Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, 2008/C 167/01, n.º 20, al. a).

⁷⁵³ *Ibid*, al. d).

⁷⁵⁴ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *ibid*, pág. 368 e 369.

⁷⁵⁵ *Ibid*, pág. 368.

⁷⁵⁶ *Ibid*, pág. 368.

⁷⁵⁷ *Ibid*, pág. 368.

⁷⁵⁸ *Idem*, pág. 368-369.

Dada a centralidade do debate na economia processual, especialmente na fase prévia à redação da comunicação de acusações (desde logo, porque o princípio do acesso ao processo obriga à tradução dos seus elementos na língua aplicável a cada arguida), o procedimento de transação apenas está disponível até à notificação da comunicação de acusações⁷⁵⁹. MOURA E SILVA acrescenta, ainda, as notas finais de que a Comissão pode abandonar o procedimento em caso de distorção total ou parcial de elementos de prova e que o procedimento envolve a confidencialidade das conversações ou documentos relativos à transação⁷⁶⁰.

É um procedimento orientado para a procura de ganhos de eficiência e eficácia, em que as empresas visadas aceitam voluntariamente limitar alguns dos seus direitos de defesa e condescendem quanto à sua participação na infração, não obstante a possibilidade de recurso específico quanto ao valor da coima aplicada (sob a competência de plena jurisdição do Tribunal Geral)⁷⁶¹.

4.4. A inovação da Diretiva ECN+ no campo dos direitos fundamentais

Para finalizar a nossa análise, não poderíamos deixar de fazer a nota especial das alterações introduzidas recentemente, por força da Diretiva ECN+, e das suas disposições relativas às garantias das empresas (artigos 3.º, 29.º e 31.º da Diretiva (UE) 2019/1). A importância deste diploma⁷⁶² no quotidiano corporativo é notável, consagrando alterações de grande relevo, especialmente destinadas à atribuição de competência, às ANC, para uma aplicação mais eficaz das normas da concorrência da União Europeia, e à garantia do bom funcionamento do mercado interno⁷⁶³. O diploma foi adotado com vista a providenciar uma base legal específica para a cooperação das autoridades de concorrência europeia. Aliás, como bem se entende, o estabelecimento da própria ECN foi consequência natural da

⁷⁵⁹ Cfr. MOURA E SILVA (2020), *idem*, pág. 367.

⁷⁶⁰ *Ibid*, pág. 367, *in fine*.

⁷⁶¹ *Ibid*, pág. 369.

⁷⁶² Adotado ao abrigo dos artigos 103.º e 114.º do Tratado.

⁷⁶³ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES, M., SAAVEDRA, A. (2020), *A Diretiva ECN+ e a nova era do direito da concorrência*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 80, Lisboa, pág. 221.

introdução de um sistema descentralizado do direito da concorrência na Europa⁷⁶⁴. Alguns elementos da ECN+ são suscetíveis de ter efeitos substanciais, outros podem não surtir qualquer efeito. Facilmente se compreende a dificuldade de harmonização mínima tentada pelo legislador, quando os problemas enfrentados pelas ANC são tão diferentes⁷⁶⁵.

Na impossibilidade de analisar, na íntegra, os propósitos, impacto e conteúdo das disposições da Diretiva, dada a sua multiface a complexidade, é de destacar, pelo menos, a panóplia de alterações no campo das garantias das visadas, que comportam, desde logo, exigências de respeito por princípios gerais do direito da União e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 3.º, nº 1), a necessidade indispensável de respeito pelos direitos de defesa das empresas (“*incluindo o direito a ser ouvido e o direito a uma ação perante um tribunal*”⁷⁶⁶) e pelo requisito de um prazo razoável (nº 3 do mesmo preceito). Constituíram alterações importantíssimas no campo da uniformização da aplicação do direito da concorrência nos Estados-Membros, em reforço da segurança jurídica e da tutela das legítimas expectativas das partes (que veem o seu estatuto de tutela praticamente inalterado além-fronteiras dentro do âmbito de aplicação da Diretiva).

Os requisitos de independência e recursos das ANC também sofreram algumas adaptações. No ordenamento jusconcorrencial português, por exemplo, estas alterações concentram-se principalmente em tornar o sistema de nomeação e avaliação da Autoridade da Concorrência mais transparente e independente⁷⁶⁷. É de realçar, *v.g.*, o fim do financiamento parcial da sua atividade com o produto das coimas impostas por violação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado, bem como o alargamento do catálogo de impedimentos e incompatibilidades⁷⁶⁸. No que respeita ao intercâmbio de informações na ECN, as empresas continuam a poder beneficiar dos regimes vantajosos do segredo profissional, das restrições

⁷⁶⁴ Cfr. KOZAK, M. (2020), *ECN+ Directive – A missed opportunity for strengthening the right of parties?*, “New Directions of Antitrust Enforcement”, ed. Catalin S. Rusu et al., Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Pág. 1.

⁷⁶⁵ Cfr. AUTIO, R. (2022), *Harmonising Dawn Raids in a Global Village: The ECN+ Directive and Negotiating Legal Certainty Within Fragmented European Administrative Procedure*, *Market and Competition Law Review*, Vol. VI, No. 2, pág. 136.

⁷⁶⁶ Artigo 3.º, nº 2, da 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.

⁷⁶⁷ Vide os artigos 14.º, nº 2 e 3, 15.º, nº 3, al. c) e h), e 4, 16.º, 17.º, nº 2, e 30.º, nºs 5, 6 e 10 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei n.º 125/2014).

⁷⁶⁸ Cfr. SOUSA FERRO, M., CALMEIRO, A. R. (2021), *Implementation of the ECN+ Directive in Portugal: Small but Significant Non-Guaranteed Improvements*, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 5, Issue 3, pág. 306.

ao uso de informação trocadas no cerne da Rede (artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento 1/2003) e das informações obtidas em relação a programas de clemência⁷⁶⁹.

Também as alterações impostas em matéria de inspeções merecem o seu destaque, assegurando que as ANC podem procurar (por via de *dawn raids*) quaisquer documentos, ficheiros ou dados, em todos os formatos e independentemente de terem sido eliminados (reforçando, conseqüentemente, a exigência de fundamentação de suspeitas de que haveria em lugar uma infração às regras da concorrência)⁷⁷⁰. As autoridades estão autorizadas a continuar as buscas e a seleccionar a documentação relevante nas suas próprias instalações ou em quaisquer outras (artigo 6.º, n.º 1, al. c) da Diretiva ECN+). As diligências de busca, exame, recolha e apreensão permanecem na dependência de autorização da autoridade judiciária competente, mas agora já, no paradigma português, sem referência expressa ao Ministério Público e ao juiz de instrução (sendo que a sua necessidade de envolvimento depende, entre outros, do tipo de prova ou da empresa visada)⁷⁷¹.

Além de o legislador, nas matérias supra mencionadas, não ter acautelado devidamente a posição e interesses da empresa visada, perdendo uma boa oportunidade para esclarecer conceitos e condicionar ações investigativo-punitivas das ANC, mantém-se a particular preocupação quando esteja em causa, em algumas diligências, a apreensão de documentos digitais em massa e de correspondência eletrónica (desde logo, por obstar a que o seu titular invoque segredo profissional⁷⁷²). Questões que continuam a perturbar e causar ansiedade às empresas, tribunais e doutrina, e que merecem o mais profundo tratamento na próxima reforma (esperada) decenária do direito da concorrência.

⁷⁶⁹ Cfr. KOZAK, M. (2020), *op. cit.*, pág. 6.

⁷⁷⁰ Cfr. MORENO-TAPIA, I., RIVAS, V. (2019), *Some Thoughts about Fundamental Rights and the ECN+ Directive*, Revista de Concorrência e Regulação, n.º 40, pág. 136.

⁷⁷¹ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES, M., SAAVEDRA, A. (2020), *ibid*, pág. 233.

⁷⁷² *Ibid*, pág. 235.

CONCLUSÃO

O atual sistema de aplicação do Regulamento n.º 1/2003 é assente na premissa de que as empresas estão em melhor posição para tomar uma decisão informada acerca da compatibilidade entre um acordo ou prática concertada e os artigos 101.º e 102.º do TFUE . Este pressuposto não obsta a que a Comissão desenvolva instrumentos para elucidar os agentes económicos em casos que possam causar genuína incerteza. Também é ciência das empresas que, ao infringir as regras da concorrência da UE, ficam sujeitas à instauração do processo sancionatório contra elas, vulneráveis a sanções pecuniárias avultadas.

No exercício dos seus poderes investigativo-sancionatórios, a Comissão Europeia conta com um arsenal vasto e eficaz de instrumentos jurídicos e premissas da investigação. Pautando a sua atividade dentro dos moldes jurídicos permitidos pelos princípios gerais de direito da União Europeia (com especial destaque para os princípios da legalidade e da proporcionalidade), a Comissão vai perseguir, investigar e acionar a empresa num modelo de punição administrativa. Não obstante, também a empresa conta com um conjunto vasto de princípios gerais que escudam a empresa contra abusos arbitrários da Comissão e dos órgãos jurisdicionais, acolhidos principalmente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Estes textos são pontos de partida e textos de referência em qualquer caso de direitos fundamentais perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ou mesmo pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

Estes Tribunais persistem em assegurar, regra geral, significativa coerência entre as suas decisões e entre a proteção da Carta e da Convenção. Todavia, ao recusar a adesão da União Europeia à CEDH, o TJUE ameaçou minar um passo importantíssimo em garantir que os organismos da União se pautam por condutas respeitadoras dos Direitos Fundamentais, o que apenas poderá ser justificado se o próprio Tribunal da União garantir tal proteção.

Os direitos convencionados sob a CEDH têm vindo a ser da maior importância para a determinação dos direitos fundamentais na União Europeia (art. 6.º/3 TUE). Apesar da União Europeia não ser parte na CEDH, dada a tensão sentida ao longo dos anos entre a ordem jurídica da União e o ordenamento da Convenção, tem vindo a ser longamente

debatida a redução do risco de inconsistências que o seu acesso traria. Contudo, mesmo após as retificações em sede de Tratado de Lisboa, o acesso pela UE à Convenção mantém-se considerada incompatível com o direito da União⁷⁷³. Destarte, assistimos a dois ordenamentos paralelos mas inevitavelmente interligados.

Entre as garantias fundamentais ao dispor da empresa, parecem avultar casos de violação de dois principais direitos fundamentais: o direito a um processo justo e equitativo⁷⁷⁴ e o direito à privacidade⁷⁷⁵. A concretização das normas gerais e abstratas que preveem estes temas tem vindo a ser executada progressivamente pela ação dos Tribunais internacionais nos mais diversos temas e ocasiões concretas, mas é notável a evolução (especialmente na delimitação dos conceitos e delinação de fronteiras intransigíveis dos direitos fundamentais das empresas) e maior é a previsão de crescimento num futuro próximo (esperando-se respostas claras e suficientemente abrangentes que respondam à necessidade de uma maior tutela de objetos digitais e dados pessoais).

As plenas implicações de uma abordagem ao direito da concorrência europeu centrado nos direitos fundamentais só serão reveladas ao longo do tempo, à medida que vão surgindo recursos contra coimas nos seus processos após a entrada em vigor da CDFUE. É de notar que o TEDH se começa a envolver cada vez mais com o direito da concorrência, mesmo em questões substantivas (p.e. a controversa presunção de que as empresas-mãe são responsáveis pela conduta anticoncorrencial das suas subsidiárias detidas a 100%) .

Apesar dos esforços construídos na limitação dos poderes da Comissão, especialmente através de uma atividade legislativa descentralizadora e de uma atividade jurisprudencial restritiva, será de referir que a flexibilização dos poderes da Comissão poderá um dia não se revelar suficiente para justificar que detenha, “sozinha”, os poderes de investigação, acusação e decisão contra uma empresa ou associação de empresas por infração ao direito da concorrência. Também a sua organização formal, e não só o *modus* como conforma o processo e respetivos limites, deverá ser alvo de uma modernização gradual, de modo a reduzir o número de queixas e recursos perante os Tribunais e assegurar reforçadamente uma estrutura que respeite as exigências jurídico-comunitárias de independência e transparência.

⁷⁷³ Pelo valor da Opinião 2/94 do TJUE, abordada supra.

⁷⁷⁴ Artigos 6.º da CEDH.

⁷⁷⁵ Artigos 8.º da CEDH, 7.º e 8.º da CDFUE.

Também os sistemas de reforço positivo à cooperação com as autoridades (hodiernamente centradas nos procedimentos de leniência e de transação) devem continuar a ser alvo de adaptação aos desafios que a ação investigativa da Comissão encontrar, moldando o seu conteúdo e benefício à luz daqueles métodos e elementos que as empresas infratoras tendam a utilizar para manipular o farol da justiça. Compreendemos que o valor prevaiente deve ser o da restauração da sanidade do mercado interno comum (ao mesmo tempo que prossegue objetivos de índole preventiva), e não tão-só o do sancionamento da infração às regras substantivas europeias. Em teoria, ambos os mecanismos provaram ser instrumentos valiosos para a negociação de direitos fundamentais e para uma alternativa ao atual sistema de execução centrado na dissuasão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERS, M., JOURDAN, J. (2011), *The Role of the Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 2, No. 3.
- ALBUQUERQUE, P. (1990), *Direito Português da Concorrência: Em torno do Decreto-Lei n.º 422/83*, in “Direito das Obrigações, Volume III”, org. MENEZES CORDEIRO.
- ALFAFAR, D. (2012), *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 3, Nº 11-12, Julho-Dezembro.
- AMALFITANO, C. (2018), *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Edward Elgar Publishing.
- ANDREANGELI, A. (2015), *Competition law and the Opinion 2.13 on the Accession of the EU to the European Convention on Human Rights: Back to Square One?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 8
- ANDREANGELI, A. (2017), *Competition Law and Fundamental Rights*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8, No. 8.
- AREIAS, A. P. (2013), *O valor do princípio da presunção de inocência no regime da indemnização por indevida privação de liberdade*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 4, nº 13, Janeiro-Março.
- ARESTIS, G. (2013), *Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective*, Research Papers in Law, European Legal Studies, College of Europe.
- AUBERT, C. (2003). *The impact of leniency programs on cartels*, University of Bordeaux and Toulouse School of Economics.
- AUTIO, R. (2020), *Explaining Dawn Raids : A Soft Law Perspective into European Competition Authorities’ Explanatory Notes on Unannounced Inspections*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 11, No. 9.

- AUTIO, R. (2022), *Harmonising Dawn Raids in a Global Village: The ECN+ Directive and Negotiating Legal Certainty Within Fragmented European Administrative Procedure*, Market and Competition Law Review, Vol. VI, No. 2.
- BEAL QC, K. (2021), *European Economic Area Competition Procedure*, in “EU Competition Procedure” (ed. Luis Ortiz Blanco), 4th Ed., Oxford University Press.
- BEQIRAJ, P. (2016), *The Right to Be Heard in European Union – Case Law of the Court of Justice of the European Union*, European Journal of Multidisciplinary Studies, Jan-Apr 2016, Vol. 1, Nr. 1.
- BERGHE, P. (2019), *Recent Developments in the Case-Law of the ECtHR on the Right to a Fair Trial in Competition Proceedings*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 10, No. 8.
- BERNATT, M.; BOTTA, M., et al. (2018), *The Right of Defense in the Decentralized System of EU Competition Law Enforcement. A Call for Harmonization from Central and Eastern Europe*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 41, No. 3.
- BOLINA, H. M. (2012), *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários*, Revista da Concorrência e Regulação, 11-12, Junho-Dezembro.
- BORUM, J. (2020), *Judgement in Case C-607/18 P – NKT v Commission: Procedural Rights... and Wrongs in Cartel Proceedings*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 11, No. 3-4.
- BRANCO, P. (2019), *Acesso ao Direito à Justiça*, Dicionário Alice, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.
- BRONCKERS, M.; VALLERY, A. (2012), *Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for Authorities and Which Role for the Courts After Menarini?*, European Competition Journal, Vol. 8, No. 2.
- CALVETE, V. (2015), *Sobre as Origens do Antitrust*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CAMACHO, C. (2010), *O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, Nº 3, Julho-Setembro.

- CARLONI, F., DA COSTA, G. (2016), *Judgements in the Cement Case: Requirement for Greater Clarity, Specificity, and Justification of Information Requests from the Commission*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, No. 7.
- CENGIZ, F. (2009), *Regulation 1/2003 Revisited*, TILEC Discussion Paper 2009-042, Tilburg University.
- CHEFFINS, B. (1989), *The Development of Competition Policy, 1890-1940 : A Re-Evaluation of a Canadian and American Tradition*, Osgoode Hall Law Journal.
- CITRON, P. (2015), *European Commission dawn raids – Advocate General recommends the avoidance of “fishing expeditions”*, Kluwer Competition Law Blog, Wolters Kluwer.
- COELHO, C. (2017), *Europa de A a Z: Dicionário de Termos Europeus*, Aletheia Editores.
- COMISSÃO EUROPEIA (2002), *Clémence (programme de -)*, in «Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l’Union européenne - Antitrust et contrôle des opérations de concentration», Direction Générale de la Concurrence, Bruxelles.
- COSTA ANDRADE, T. (2017), *Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 8, nº 31, Julho-Setembro.
- COSTA RAMOS, V. (2010), *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Concorrência Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março.
- DESELAERS, W.; VENOT, E. (2015), *Deutsche Bahn v Commission: Limits on the European Commission’s Inspection Powers*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 8.
- DI FEDERICO, G. (2013), *Deutsche Bahn: What the Commission Can and Cannot do in Dawn Raids*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 5, No. 1.
- DIAMANDOUROS, P. N. (2010), *Improving EU Competition Law Procedures by Applying Principles of Good Administration: The Role of the Ombudsman*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, No. 5
- EHLERMANN, C.D. (2000). *The Modernization of EC Antitrust Policy. A Legal and Cultural Revolution*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. European University Institute.

- EZRACHI, A. (2018). *EU Competition Law : An Analytical Guide to the Leading Cases*, 6th ed., Hart Publishing, Oxford.
- FERNANDES, S.P. (2017), *Os atributos de uma cidadania administrativa na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, UNIO E-book, Vol. I – Workshops CEDU 2016, Universidade do Minho, Centro de Estudos em Direito da União Europeia.
- FIGUEIREDO, D. D. (2015), *O Direito ao confronto e o caso Al-Hhawaja e Tahery c. Reino Unido*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 6, nº 23-24, Julho-Dezembro.
- FILATOVA, M. (2021), *Reasonable Time of Proceedings: Compilation of Case-Law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe.
- FILATOVA, M., KOVLER, A., et al. (2014), *Application of Reasonable Time Standard in Serbia*, Council of Europe and Norwegian Ministry of Foreign Affairs.
- FONTAINE, P. (1998). *A Construção Europeia de 1945 aos Nossos Dias*, rev. por JOSÉ BARROS MOURA, Gradiva Publicações
- FRANCESCHINI (2018), *Tratado de direito empresarial. Direito concorrencial*, Vol. 7, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- GASPAR MARTINHO, H. (2010), *O Direito ao Silêncio e à Não Auto-incriminação nos Processos Sancionatórios do Direito Comunitário da Concorrência – uma análise da jurisprudência dos Tribunais Comunitários*, Revista da Concorrência e Regulação, Ano 1, nº 1, Janeiro-Março.
- GOMES CANOTILHO, J. (2001), *Compreensão jurídico-política da Carta*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RIQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Coimbra Editora, pág. 13 e segs.
- GOMES CANOTILHO, J. J. (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Ed., Almedina, Coimbra.
- GÓRECKA, A. (2022), *Competition Law And Privacy: An Opinion on The Future of a Complicated Relationship*, Kluwer Competition Law Blog.
- GORJÃO-HENRIQUES DA CUNHA, M. (1998). *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: A franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra.

- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2000), *Uma Carta sem destino? Breve nota de apresentação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE*, in “Temas de Integração”, Vol. 5, n.º 9, Almedina, Coimbra.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2001), *A Evolução da Proteção dos Direitos Fundamentais no Espaço Comunitário*, in “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RIQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Coimbra Editora, pág. 17 e segs.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2019), *Direito da União – História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 9.ª Ed., Almedina, Coimbra.
- GORJÃO-HENRIQUES, M., SAAVEDRA, A. (2020). *Directiva ECN+ e a Nova Era do Direito da Concorrência: Desafios e limites*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 80, Jan./Jun.2020, Lisboa.
- GUTINIEKI, J., *Access to the file*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, art. nº 20100.
- HAAR, M. (2013). *Obstruction of Investigation in EU Competition Law: Issues and Developments in the European Commission’s Approach*. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 36.
- HARDEN, I. (2017), *The European Ombudsman’s role in promoting good governance*, in “Accountability in the EU: The Role of the European Ombudsman” (ed. Herwig Hofmann e Jacques Ziller), Edward Elgar Publishing Limited.
- HIRST, N. (2013), *Donau Chemie: National Rules Impeding Access to Antitrust Files Liable to Breach EU Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 6.
- IBÁÑEZ COLOMO, P. (2022), *Structured Legal Tests, Effective Judicial Review and Missing the Trees for the Forest*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 13, No. 7.
- JENKINS, T., BUSHELL, G. (2015), *Justice Denied or Simply Delayed? Consequences of Excessive Delay at the EU’s General Court*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 1.

- JÖRGENS, K., CENTELLA, M. T. (2021), *The Organization of European Commission Proceedings*, in “EU Competition Procedure” (ed. Luis Ortiz Blanco), 4th Edition, Oxford University Press.
- JOURDAN, J.; GAFSEN, H. (2022), *Competition Law and Fundamental Rights: Survey of Recent Developments Concerning the Right to Good Administration, Dawn Raids, Legal Professional Privilege, and Other Procedural Rights*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, No. 4.
- KJOLBYE, L. (2020). *Consistent Application of EU Competition Law, The Case for Revisiting the Consistency Tool Box in Regulation 1/2003*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, Vol. 11, No. 8.
- KOENIG, C. (2017), *An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, *Journal of Competition Law & Economics*, 13(2), Oxford University Press
- KOZAK, M. (2020), *ECN+ Directive – A missed opportunity for strengthening the right of parties?*, “New Directions of Antitrust Enforcement”, ed. Catalin S. Rusu et al., Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Pág. 1.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2013), *Understanding the limits of judicial review in European Competition Law*, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, Issue 1.
- LAMADRID DE PABLO, A., KELLERBAUER, M. (2021), *Investigation of Cases (II): Formal Investigative Measures in General, Requests for Information, and Interviews*, in “EU Competition Procedure” (ed. Luis Ortiz Blanco), 4th Ed., Oxford University Press. Pág. 375 e segs.
- LANZA, E.M. (2008), *The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law*, *Teoria del Diritto e dello Stato* 1-2-3.
- LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. (2014), *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford EU Law Library.
- LEWINSOHN (1950), *Trusts and cartels dans l'économie mondiale*, Librairie de Médecis.

- LOPES, P. (2010), *Segredos de negócios versus direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, nº 4, pág. 65-107, Coimbra.
- MACHADO, J. (2014). *Direito da União Europeia*. 2ª ed., Coimbra Editora.
- MACLENNAN, J.; VEREECKEN, B.; SENONER, A. (2020), *EU Competition Law and EU Charter of Fundamental Rights: An Evolving Partnership*, *Concurrences e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin*, Nº 96586, Dec. 3.
- MARTINEZ, P. R. (2021). *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXI (2020), Número 2, pp. 583-607.
- MCGLYNN, C. (2001), *Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?*, *E.L.Rev.*, 26.
- MELÍCIAS, M. J. (2021). *Towards 170 Years of Competition Policy in Portugal: Past and Future Perspectives in Light of the Implementation of the ECN+ Directive*. In “Building the European Union: The Jurist’s View of the Union’s Evolution.” Ed. Koen Lenaerts, Nuno Piçarra, Carla Farinhas, et al. Oxford: Hart Publishing.
- MICKONYTE, A. (2019), *Presumption of Innocence in EU Anti-Cartel Enforcement*, *Nijhoff Studies in European Union Law*, Vol. 15.
- MONTAG, F. (1998). *The Case for a Reform of Regulation 17/62: Problems and Possible Solutions from a Practitioner’s Point of View*. *Fordham International Law Journal*. Vol. 22, Is. 3
- MOURA E SILVA, M. (2014), *As Práticas Restritivas da Concorrência Na Lei N.º 19/2012: Novos Desenvolvimentos*, *Revista do Ministério Público*, Vol. 35, n.º 137.
- MOURA E SILVA, M. (2020) *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora.
- MUIR, E. (2014), *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, *Common Market Law Review*, 51, Kluwer Law International.
- MUNDT, A. (2010), *Competition, Sanctions and Due Process in Troubled Times*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 5.

- NAVARRO, M. M. (2015), *The Ombudsman Decision on the State-aid Complaint Concerning Certain Spanish Football Clubs: The Ombudsman as an Alternative Route for State-aid and Anti-Trust Complainants?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 2.
- NERUDA, R.; BARINKA, R. (2015), *Delta Pekařny v Czech Republic: European Court of Human Rights on Dawn Raids and Prior Judicial National Authorization*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 6.
- ODUDU, O., BAILEY, D. (2014), *The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, Common Market Law Review 51, Kluwer Law International.
- ORTIZ BLANCO, L. (2021), *EU Competition Procedure*, 4th Edition, Oxford University Press.
- ORTIZ BLANCO, L., JORGENS, K. (2011), *Important Developments in the Field of EU Competition Procedure*, Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2, No. 6
- ORTIZ BLANCO, L., PABLO, A. L. (2022). *The EU Competition Procedures from the Perspective of a Counsel*. In “Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement: A Systematic Guide”, ed. Kris Dekeyser, Céline Gauer, et al. Wolters Kluwer
- PAIS ANTUNES, L. M. (1995). *Direito da Concorrência – Os Poderes de Investigação da Comunidade Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais*. Almedina, Coimbra.
- PATRÃO, A. (2022), *A relevância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na fiscalização da constitucionalidade de normas nacionais*, in “Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade”, Vol. I (Org. Pedro Machete, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Mariana Canotilho), Almedina, Coimbra.
- PEDROSO, J. (2012), *Acesso ao Direito e à Justiça*, in “Dicionário das Crises e das Alternativas”, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra.
- PINOTTI, V. (2018), *Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, No. 1.
- POHL, J. H. (2018), *The Right to be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard – Due Process, Transparency and the Rule of Law*, CERiM Online Paper 6/2018, Centre for European Research in Maastricht, University of Maastricht.

PORTO, M., VILAÇA, J. L., GORJÃO-HENRIQUES, M., ET AL. (2017), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, VitalBook file.

POTOCNIK-MANZOURI, C. (2021). *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*. *European Papers*, Vol. 6, No 2, pp. 987-1013.

PROENÇA COELHO, A. (2012), *Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM*, *Revista da Concorrência e Regulação*, 11-12, Junho-Dezembro.

PUEL, F. (2013), *Nexans: Some Limitations to Inspections Carried Out by the European Commission in the Context of Investigations*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 4, No. 4.

RABINOVICI, I. (2012), *The Right to be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *European Public Law*, Vol. 18, Issue 1, Wolters Kluwer.

RAWNSLEY, C. (2015), *Vinci Constructions e.a. v France: Limits on Unannounced Inspections on the Basis of Rights to a Fair Trial and to the Respect for Privacy*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 7

REIF, C. L. (2020), *Ombuds Institutions, Good Governance and the International Human Rights System*, 2nd Revised Edition, *International Studies in Human Rights*, Vol. 133, Brill/Nijhoff.

REMÁČ, M. (2018), *The European Ombudsman and the Court of Justice in the European Union: competition or symbiosis in promoting transparency?*, in *Research Handbook on the Ombudsman* (ed. Marc Hertogh e Richard Kirkham), Edward Elgar Publishing Limited.

RESENDE ALVES, D., MAGALHÃES SILVA, M., (2014), *O respeito pelos Direitos Fundamentais nos procedimentos de Direito Europeu da concorrência no âmbito do Regulamento n.º 1/2003*, *Revista Juris*, Ano I, n.º 1, Março/Abril.

RIQUITO, A. L. (2001), *O Conteúdo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, in “*Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*” (RIQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al.), *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*, Coimbra Editora

RIQUITO, A.L.; VENTURA, C.S.; et al. (2001), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, *Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*, Coimbra Editora

- ROQUE, M. P. (2013), *O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional*. Revista de Concorrência e Regulação, Vol. 4, No. 14.
- ROTHBARD, M. (2006), *The Brilliance of Turgot – Part I*, in “An Austrian Perspective on the History of Economic Thought – Volume I: Economic Thought Before Adam Smith”, Ludwig von Mises Institute, pág. 383-413.
- SANDU, G. (2023), *O Provedor de Justiça Europeu*, Fichas técnicas sobre a União Europeia, Parlamento Europeu.
- SAWYER (2019), *US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*, Harvard Business School, pág.19-110.
- SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2012), *The Role of the European Ombudsman in Competition Proceedings: A Second Guardian of Procedural Guarantees?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 1.
- SÉRVULO CORREIA, J. M. (2008), *Efectividade e Limitações do Sistema Português de Aplicação Impositiva do Direito da Concorrência através de Meios Processuais Administrativos e Cíveis*, in “Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão”, Vol. II (Org. A. Menezes Cordeiro, P. Pais de Vasconcelos e P. Costa e Silva), pág. 1747 e segs.
- SHIPLEY (2008), *Due Process Rights Before EU Agencies: The Rights of Defense*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 37, Number 1.
- SIMPSON, C. (2019), *Judgement in C-617/17 PZU Zycie: ne bis in idem – First Steps towards a Twofold Test for idem?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 10, No. 6.
- SOKOL, D. D. (2020), *Antitrust’s “Curse of Bigness” Problem*. Michigan Law Review, Vol. 118, Is. 6.
- SOUSA FERRO, M.; CALMEIRO, A.R. (2021), *Implementation of the ECN+ Directive in Portugal: Small but Significant Non-Guaranteed Improvements*. European Competition and Regulatory Law Review, Vol. 5, Is. 3.
- SOUSA FERRO, M.; NEVES, I. (2019), *Business Secrets, Access and Rights of the Defence*, in CoRe, Vol. 3, Is. 1.

- SPAVENTA, E. (2020), *Fundamental rights in the European Union*, in “European Union Law”, Ed. Catherine Barnard e Steve Peers, 3^a ed., Oxford University Press.
- STEENE, A. (2016), *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ’s Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 3.
- STEENE, A. (2016), *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ’s Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 3.
- STEPHANOU, S. (2022), *Staggered Hybrid Procedure Compatible with Fundamental Rights: Case T-799/17 Scania*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, No. 7.
- TELEKI, C. (2021), *Due Process and Fair Trial in EU Competition Law: The Impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, *Nijhoff Studies in European Union Law*, Vol. 18.
- THÉOPHILE, D., SIMIC, I. (2012), *Legal Challenges to Dawn Raid Inspections under the Principles of EU, French and ECHR Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, No. 6.
- THOMAS, S. (2012), *Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, No. 1, pág. 18.
- TOMTSIS, A. (2014), *Cemex et al. v Commission : the General Court confirms the Commission’s Powers of Investigation When it Requires the Supply of Information, including Large Amounts of Economic Data, under Regulation 1/2003 (but a 2-week Deadline to Reply is Too Short)*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 5, pág. 544 e segs.
- TRECHSEL, S. (2005), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press.
- VAZ FREIRE, P. (2014), *Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência*, *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, 30 (2), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- VENTURA, C.S.; MARTINS, J.Z. (2003), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Landmark in the European Landscape and the Prospect for a Dynamic Role of the Ombudsman*, in “The International Ombudsman Yearbook”, Vol 7, Brill/Nijhoff.

- VESTERDORF, B., FOUNTOUKAKOS, K. (2021), *A New Competition Tool into Old Bottles? Considerations on the Legal Design of the European Commission's Proposed NCT*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 12, No. 4.
- VOGEL, J. (2011), *When the European Court of Human Rights mingles with competition law: national search and seizures found unacceptable for lack of effective judicial review*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 2, No. 3.
- VON BOGDANDY, A.; VON BERNSTORFF, J. (2009), *The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture: The legal framework and some unsettled issues in a new field of Administrative Law*. Common Market Law Review, 46, Kluwer Law International.
- WHISH, R., BAILEY, D. (2021). *Competition Law*. 10th Edition. Oxford University Press.
- WILLIAMS, A. (2015), *Human Rights in the EU*, in “The Oxford Handbook of European Union Law” (ed. Damian Chalmers, Anthony Arnall)
- WILS, W. (2009), *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 33, No. 1.
- WILS, W. (2011), *EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 34, No. 2.
- WILS, W. (2019), *Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure*, World Competition, Vol. 42, Issue 1.
- WILS, W., ABBOTT, H. (2019), *Access to the File in Competition Proceedings Before the European Commission*, World Competition 42, no. 3, Kluwer Law International.
- WILS, W.P.J. (2000). *The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation No. 17*. Fordham International Law Journal. Vol. 24, Is. 5, Art. 6.
- WILS, W.P.J. (2013). *Ten Years of Regulation 1/2003 – A Retrospective*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 4.

WOUDE, M. V. D. (2019), *Judicial Control in Complex Economic Matters*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 10, No. 7.

WRIGHT, K. (2009), *The 'Judicial,' the 'Administrative' and consistent application after the decentralization of EC Antitrust Enforcement*, European Union Studies Association Eleventh Biennial International Conference.

XAREPE SILVÉRIO, F. (2012), *O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: novas valências, novos desafios*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 3, N.º 10, Abril Junho. Pág. 254.

XUEREF-POVIAC, E. (2018), *České dráhy, a.s. v European Commission: legality of Commission's dawn raid*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, No. 9.

CATÁLOGO DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAIS NACIONAIS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.2.2023, proc. 18/19.0YUSTR-N.L1-PICRS.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.01.2018, proc. 5/17.2T9AGN.C1.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 158/92, 1ª Secção, proc. n.º 103/91.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E TRIBUNAL GERAL

PROCESSO	PARTES
T-7/89	<i>SA Hercules Chemicals NV v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-36/91	<i>Imperial Chemical Industries plc v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95	<i>Cimenteries CBR et al. v. Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-18/03	<i>CD-Contact Data GmbH v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-38/02	<i>Groupe Danone v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-54/14	<i>Goldfish BV et al. v Comissão Europeia</i>
T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00	<i>JFE Engineering Corp. et al. v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-99/04	<i>AC-Treuhand v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-135/09	<i>Nexans SA et al. v European Commission</i>

T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 e T-154/07	<i>ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV et. al. v Comissão Europeia</i>
T-191/98, T-212/98 a T-214/98	<i>Atlantic Container Line AB et al. v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-194/13	<i>United Parcel Service, Inc. v Comissão Europeia</i>
T-212/95	<i>Asociación de fabricantes de cemento de España (Oficement) v Comissão das Comunidades Europeias</i>
T-240/07	<i>Heineken Nederland BV v Comissão Europeia</i>
T-249/17	<i>Casino, Guichard-Perrachon et al. v Comissão Europeia</i>
T-300/10	<i>Internationaler Hilfsfonds eV v Comissão Europeia</i>
T-321/05	<i>AstraZeneca AB v Comissão Europeia</i>
T-325/16.	<i>České dráhy, a.s. v. Comissão Europeia</i>
T-341/12	<i>Evonik Degussa v Comissão Europeia</i>
T-357/06	<i>Koninklijke Wegenbow Stevin BV v European Commission</i>
T-402/13	<i>Orange v European Commission</i>
T-449/14	<i>Nexans France SAS e Nexans SA v Comissão</i>
T-471/13	<i>Xelia Pharmaceuticals ApS and Alpharma, LLC v Comissão Europeia</i>
T-758/14	<i>Infineon Technologies v Comissão</i>
T-799/17	<i>Scania AB et al. v Comissão Europeia</i>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

PROCESSO	PARTES
C-2/88	<i>Imm, Zwartveld, Col</i>
4/73	<i>J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Ruhrkohle Aktiengesellschaft</i>
5/69	<i>Völk v. Vervaecke</i>

8/66 a 11/66	<i>Société Anonyme Cimenteries C.B.R. Cementsbedrijven N.V. et al. v Commission of the European Economic Community</i>
C-10/18	<i>Mowi ASA (Marine Harvest) v Comissão Europeia</i>
11/70	<i>Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr – un Vorratsstelle für Getreide un Futtermittel</i>
C-13/94	<i>P v S e Cornwall County Council</i>
14/68	<i>Walt Wilhelm et al. v Bundeskartellamt</i>
C-17/10	<i>Toshiba Corporation e outros c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže</i>
17/74	<i>Transocean Marine Paint Association v Comissão das Comunidades Europeias</i>
18 e 35/65	<i>Max Gutmann v Commission of the EAEC</i>
C-27/09 P	<i>República Francesa v People's Mojahedin Organization of Iran</i>
29/69	<i>Erich Stauder v Cidade de Ulm – Sozialamt</i>
31/69	<i>Comissão das Comunidades Europeias v República Italiana</i>
C-37/13 P	<i>Nexans SA et al. v. European Commission</i>
46/87 e 227/88	<i>Hoechst AG v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-50/12	<i>Kendrion NV</i>
55/69	<i>Cassella Farbwerke Mainkur AG v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-58/12 P	<i>Groupe Gascogne SA v Comissão Europeia</i>
63/83	<i>Regina v Kent Kirk</i>
85/76	<i>Hoffmann-La Roche & Co. AG v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-94/00	<i>Roquette Frères SA v Commission</i>
97/87, 98/87 e 99/87	<i>Dow Chemical Ibérica, SA, et. v Commission of the European Communities</i>
C-97/08 P	<i>AKZO Nobel NV et al. v Comissão das Comunidades Europeias</i>

C-99/17 P	<i>Infineon Technologies AG v Comissão Europeia</i>
C-109/10 P	<i>Solvay v Comissão</i>
121/76	<i>Alessandro Moli v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-130/10	<i>Parlamento Europeu v Conselho da União Europeia</i>
136/79	<i>National Panasonic (UK) Limited v Commission of the European Communities</i>
155/79	<i>AM and S Europe Limited v. Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-162/15 P	<i>Evonik Degussa GmbH v Comissão Europeia</i>
C-176/99	<i>ARBED SA v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-177/03	<i>Comissão das Comunidades Europeias v República Francesa</i>
182/83	<i>Robert Fearon & Company Limited v Irish Land Commission</i>
C-185/95 P	<i>Baustahlgewebe GmbH v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-187/01 e C-385/01	<i>Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge</i>
C-194/99	<i>Thyssen Stahl</i>
C-199/92 P	<i>Hüls AG v Commission of the European Communities</i>
C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P	<i>Aalborg Portland A/S et al. v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-219/00 P, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P	<i>Cementir – Cementeirie del Tirreno v Commission</i>
C-222/84	<i>Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i>
C-222/86	<i>Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens et al.</i>
C-234/89	<i>Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG</i>

C-235/92 P	<i>Montecantini SpA v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-238/05	<i>Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, e Administración del Estado v. Asociación del Estado</i>
C-243/12	<i>FLS Plast A/S v Comissão Europeia</i>
C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P	<i>Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et al. v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-247/14 P	<i>HeidelbergCement AG v European Commission</i>
C-260/89	<i>Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (ERT AE) et al. v Dimotiki Etairia Pliroforissis et al.</i>
C-272/09 P	<i>KME Germany et. al. v Comissão Europeia</i>
C-288/05	<i>Jürgen Kretzinger</i>
C-301/04 P	<i>Commission v SGL Carbon et al.</i>
C-309/96	<i>Daniele Annibaldi v Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio</i>
C-310/93 P	<i>BPB Industries plc e British Gypsum Ltd v. Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-310/98	<i>Hauptzollamt Neubrandenburg v Leszek Labis</i>
C-344/98	<i>Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd.</i>
C-457/09	<i>Claude Chartry v. État belge</i>
C-360/09	<i>Pfleiderer AG v Bundeskartellamt</i>
374/87	<i>Orkem v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-385/07	<i>Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-386/10 P	<i>Chalkor AE Epexergasias Metallon v Comissão Europeia</i>
C-400/10 P	<i>J. McB v L.E.</i>
C-403/04	<i>Nippon Steel Corp</i>
C-406/98	<i>Sagpol SC Transport Miedzynarodowy i Spedycja</i>

C-407/04 P	<i>Dalmine SpA v Comissão das Comunidades Europeias</i>
C-413/06 P	<i>Bertelsmann AG e Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)</i>
C-413/14 P	<i>Intel Corp. v European Commission</i>
C-429/07	<i>Inspecteur van de Belastingdienst v X BV</i>
C-436/04	<i>Leopold Henri Van Esbroeck</i>
C-440/19 P	<i>Pometon SpA v Comissão Europeia</i>
C-536/11	<i>Bundswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG et al.</i>
C-538/18 P e C-539/18 P	<i>České dráhy, a.s. v. Comissão Europeia</i>
C-550/07	<i>Akzo Nobel Chemicals Ltd. e Akros Chemicals Ltd. v Comissão Europeia</i>
C-583/13 P	<i>Deutsche Bahn AG et al. v European Commission</i>
C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P	<i>Comissão Europeia v Yassin Abdullah Kadi</i>
C-599/18 P	<i>Silec Cable e General Cable v Comissão Europeia</i>
C-606/18 P	<i>Nexans France SAS e Nexans SA v Comissão Europeia</i>
C-617/17	<i>Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów</i>

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

APPLICATION	PARTES
2689/65	<i>Delcourt v Belgium</i>
4451/70	<i>Golder v. The United Kingdom, Application</i>
5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72	<i>Engel and Others v. the Netherlands</i>
8603/79, 8722/79, 8723/79 e 8729/79	<i>Crociani and others v. Italy</i>
8692/79	<i>Piersack v Belgium</i>
8737/79	<i>Zimmermann and Steiner v Switzerland</i>

8990/80	<i>Guincho v. Portugal</i>
9120/80	<i>Unterpertinger v. Austria</i>
10328/83	<i>Belilos v Switzerland</i>
10486/83	<i>Hauschildt v Denmark</i>
10828/84	<i>Funke v. France</i>
11598/85	<i>Société Stenuit v. France</i>
13710/88	<i>Niemietz v. Germany</i>
14396/88	<i>Fey v Austria</i>
15287/89	<i>Beaumartin v France</i>
17862/91	<i>Cantoni v. France</i>
19178/91	<i>Bryan v the United Kingdom</i>
19187/91	<i>Saunders v. United Kingdom</i>
22107/93	<i>Findlay v the United Kingdom</i>
27798/95	<i>Amann v Switzerland</i>
30210/96	<i>Kudla v Poland</i>
32559/96	<i>Fortum Corporation v. Finland</i>
32602/96	<i>Aannemersbedrijf Gebroeders Van Leeuwen B.V. v. the Netherlands</i>
35605/97	<i>Kingsley v the United Kingdom</i>
37971/97	<i>Société Colas Est and Others v. France</i>
45036/98	<i>BOSPHORUS HAVA YOLLARI TURIZM VE TICARET ANONIM ŞİRKETİ v. Ireland</i>
47287/99	<i>Perez v. France</i>
48553/99	<i>Sovtransavto Holding v Ukraine</i>
54810/00	<i>Case of Jalloh v. Germany</i>
58188/00	<i>Didier v France</i>
73053/01	<i>Jussila v Finland</i>
23032/02	<i>Lukenda v Slovenia</i>
14939/03	<i>Sergey Zolotukhin v Russia</i>
18497/03	<i>Ravon and Others v. France</i>
19334/03	<i>DMD GROUP, A.S. v. SLOVAKIA</i>
26771/03	<i>Elezi v Germany</i>
32181/04 e 35122/05	<i>Sigma Radio Television Ltd v Cyprus</i>
17214/05, 20329/05 e 42113/04	<i>Savino and Others v. Italy</i>

26766/05 e 22228/06	<i>Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom</i>
22330/05	<i>Olujic v Croatia</i>
24810/06	<i>Parlov-Tkalčić v Croatia</i>
30457/06	<i>Robathin v. Austria</i>
51357/07	<i>NAÏT-LIMAN v. Switzerland</i>
23614/08	<i>Henryk Urban and Ryszard Urban v Poland</i>
29408/08	<i>Société Canal Plus and Others v. France</i>
29613/08	<i>Compagnie des gaz de pétrole Primagaz v. France</i>
33186/08	<i>Khrykin v Russia</i>
43509/08	<i>Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie</i>
18640/10	<i>Grande Stevens v. Italy</i>
5556/10	<i>SA-Capital OY v Finland</i>
63629/10 e 60567/10	<i>Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France</i>
97/11	<i>Delta Pekárny a.s. v the Czech Republic</i>
76639/11	<i>Denisov v. Ukraine</i>
33931/12	<i>Janssen Cilag S.A.S c. la France</i>
55391/13, 57728/13 e 74041/13	<i>Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal</i>
C-524/15	<i>Menci Luca</i>
47072/15	<i>Produkcija Plus Storitveno Podjetje v Slovenia</i>

LEGISLAÇÃO E FONTES OFICIAIS

Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, 2007/C 303/02, 14.12.2007.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (2013), *Nota informativa sobre o Regime de dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência*.

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Código de Procedimento Administrativo.

Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 13.9.2000, COM (2000) 559 final.

Commission Decision of 17 November 1981 relating to a proceeding under Article 15 of Council Regulation No. 17 (IV/30.211 – *Comptoir commercial d'importation*), Official Journal of the European Communities No L 27, 4.2.82 (82/53/EEC).

Commission Decision of 30.1.2013 addressed to United Parcel Service Inc. declaring a concentration to be incompatible with the internal market and the EEA Agreement. Case No COMP/M.6570 – UPS/TNT EXPRESS. Brussels, C(2013) 431 final.

Commission of the European Communities (1982), *Twelfth Report on Competition Policy*.

Commission of the European Communities (1984), *Thirteenth Report on Competition Policy*.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Dez anos de aplicação da legislação antitrust ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003: Progressos alcançados e perspetivas*, Bruxelas, 9.7.2014, COM(2014) 453 final.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: *Estratégia para reforçar a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais na UE* 2.12.2020.

Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, 2008/C 167/01.

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, 2006/C 298/11.

Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C/101/03).

Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, Jornal Oficial da União Europeia, 2011/C 308/06.

Comunicação de 1997, o n.º 1 do art. 106.º do Tratado e a possibilidade de a Comissão chamar a si um processo iniciado perante uma ANC. Situações que obstavam a um papel mais efetivo por parte das autoridades nacionais.

Constituição da República Portuguesa.

Consulta pública sobre proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva “ECN+”, de 25 de outubro de 2019.

Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14.6.1985.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities, adopted on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers' Deputies.

COUNCIL OF EUROPE, *European Union accession to the European Convention on Human Rights – Questions and Answers*.

Court of Justice of the European Union (2015), *Annual Report 2014: Synopsis of the work of the Court of Justice, the General Court and the Civil Service Tribunal*.

Court of Justice of the European Union (2022), *Annual Report 2021: Judicial Activity: Synopsis of the judicial activity of the Court of Justice and the General Court of the European Union*.

Decisão da Comissão de 30 de Janeiro de 2008, *COMP/B-1/39.326 v E.ON Energie AG* (2008/C 240/06).

Decisão do Presidente da Comissão Europeia de 13 de outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência (2011/695/UE).

Decisão no caso 1142/2008/(BEH)KM – Alegada decisão ilícita de não abrir uma investigação em matéria de concorrência, 25.9.2009.

Decisão no caso 1342/2007/FOR – Alegada divulgação indevida de informação particularmente sensível no contexto de um processo de concentração, 27.4.2009.

Decisão no caso 1935/2008/FOR – Erros processuais num processo de concorrência, 14.7.2009.

Decisão no caso 2521/2011/JF – Auxílios estatais alegadamente ilegais destinados a quatro clubes de futebol espanhóis, 28.7.2014.

Decisão no caso 3699/2006/ELB – Recusa de conceder o acesso do público aos documentos mencionados numa decisão da UE relativa ao direito da concorrência, 6.4.2010..

Decision of the European Ombudsman closing the inquiry on complaint 1881/2006/JF against the European Commission, 30.9.2008.

Decision of the European Ombudsman on complaint 1076/97/(OV)PD against the European Commission, 3 September 1998, Strasbourg.

Decision of the European Ombudsman on complaint 2196/2006/(SAB)ID against the European Commission, 14.11.2007.

Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro.

Diário da República, *Princípio non bis in idem*, in “Lexionário”.

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, JO, L 11, de 14.1.2019.

Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União.

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, L 349/1.

Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2011)16.

ECN Recommendation on Assistance in Inspections conducted under Article 22(1) of Regulation (EC) No 1/2003, da autoria da European Competition Network.

ECN Working Group on Cooperation Issues (22 May 2013). *Results of the questionnaire on the reform of Member States (MS) national competition laws after EC Regulation No. 1/2003*.

European Commission (1998). *XXVIIth Report on Competition Policy (1997) (Published in conjunction with the General Report on the Activities of the European Union - 1997)*. Brussels – Luxembourg.

European Commission; DG Competition (1997), *Dealing with the Commission Notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*.

European Data Protection Supervisor (2014), *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*.

Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, Official Journal of the European Union, 2007/C 303/02, de 14.12.2007.

Framework Programme, Council of Europe, CEPEJ (2004) 19, Strasbourg, 13 September 2005.

Joint Statement of the Council and the Commission *on the functioning of the Network of Competition Authorities*.

Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Lei n.º 46/2011, de 24 de junho.

Manual of Procedures da Direção-Geral da Concorrência (2019).

Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, COM(79) 210 final, 2.5.1979.

Parecer (TJ) 2/13.

pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, Jornal Oficial da União Europeia, C 298/17.

Portal da Comissão Europeia.

Projeto de Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação de minimis). 2014/C 291/01, 30.08.2014.

Protocolo relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, Jornal Oficial da União Europeia, 16.12.2004, C 310.

Reg. Comissão n.º 1217/2010.

Reg. Comissão n.º 1218/2010.

Reg. Comissão n.º 330/2010.

Reg. Comissão n.º 461/2010.

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, L 1, 4.1.2003.

Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 145, 31.5.2001.

Regulamento (CE) n.º 1216/1999 do Conselho, de 10 de Junho de 1999, que altera o Regulamento n.º 17, primeiro regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, L 148

Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 27.4.2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (L 123/18).

Regulamento (EU, Euratom) 2021/1163 do Parlamento Europeu, de 24 de junho de 2021, que define o estatuto e as condições gerais de exercício das funções do Provedor de Justiça Europeu (...) e que revoga a Decisão 94/262/CECA, CE, Euratom. Jornal Oficial da União Europeia, L 253.

Regulamento n.º 17/62: Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado

Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963.

Relatório final do auditor no Processo COMP/38.589 – *Estabilizadores térmicos* (2010/C 307/04).

Resumo da decisão da Comissão, de 30 de Janeiro de 2008, relativa a um procedimento nos termos do n.º 1 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho (Proc. COMP/B-1/39.326 – E.ON Energie AG). 2008/C 240/06. Cfr. Art. 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Summary of Commission Decision, of 12 July 2006, fixing the definitive amount of the periodic penalty payment imposed on Microsoft Corporation by Decision C(2005) 4420 final and amending that Decision as regards the amount of the periodic penalty payment (Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft). 2008/C 138/07.

Summary of Commission Decision, of 28 March 2012, relating to a proceeding under Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Case COMP/39.793 – EPH and others). 2012/C 316/05.

Tratado CEE.

Tratado da União Europeia.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

OECD (2017), *Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law – Note by the European Union*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP/WD(2017)64.

