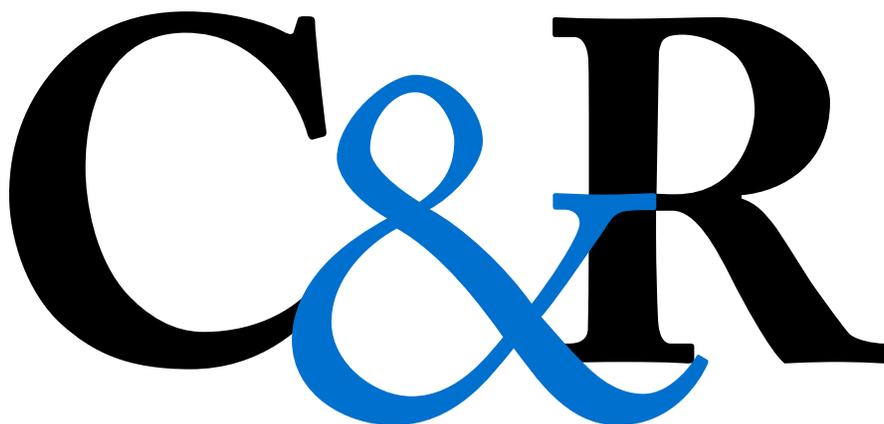


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA  
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO  
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PORTUGUESE COMPETITION AUTHORITY  
INSTITUTE OF ECONOMIC, FINANCIAL AND TAX LAW  
OF THE UNIVERSITY OF LISBON LAW SCHOOL



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO  
COMPETITION  
AND REGULATION

ANO/YEAR XIV • NÚMERO/No 51  
JANEIRO/JANUARY • JUNHO/JUNE 2023  
PERIODICIDADE SEMESTRAL/SEMESTER



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



Autoridade da  
**Concorrência**



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO XIV • NÚMERO 51  
JANEIRO – JUNHO 2023

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*Direção/Editorial Chairs*

ANA SOFIA RODRIGUES • MIGUEL SOUSA FERRO

*Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs*

EDUARDO PAZ FERREIRA • NUNO CUNHA RODRIGUES

*Presidência do Conselho de Redação/President of the Executive Editorial Board*

RICARDO BAYÃO HORTA

*Conselho Consultivo/Advisory Board*

JOÃO E. GATA



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



Autoridade da  
**Concorrência**

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XIV • Número 51

janeiro – junho 2023

DIRETORES

ANA SOFIA RODRIGUES

MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA

UNDO, L.<sup>DA</sup>

Estrada do Algueirão, 64

2725-019 Mem-Martins

DEZEMBRO 2023

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx)

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação  
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

A C&R tem uma política de acesso livre e gratuito.

Os artigos poderão ser lidos, descarregados, copiados, distribuídos, impressos,  
pesquisados ou utilizados para qualquer propósito legal, sem barreiras financeiras,  
legais ou técnicas. Os autores detêm o controlo da integridade do seu trabalho  
e o direito a ser reconhecidos e citados.

# ÍNDICE

## 9 EDITORIAL

## 13 DOUTRINA

### 13 Doutrina geral

15 Beatriz Ribeiro Fernandes – *Fiat, Starbucks, Apple e Amazon e a Aferição da Seletividade do Auxílio: Oportunidade Desperdiçada?*

47 Daniel Favoretto Rocha & Schermann Chrystie Miranda e Silva – *Inability to Pay sob a Perspectiva do Cade: Dosimetria e Limites das Sanções Pecuniárias Concorrenciais no Brasil e na Europa*

67 Edson da Graça Francisco Macuácuca & Noé José Penete – *A Regulação do Sector do Petróleo em Moçambique: o Dilema entre o Instituto Nacional de Petróleo e a Alta Autoridade da Indústria Extrativa*

95 Philippe Magalhães Bezerra – *Economia Digital, Concorrência e Vieses Cognitivos dos Consumidores*

## 135 JURISPRUDÊNCIA GERAL

137 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a junho de 2023

## 147 Notas Curriculares

## 153 Índice consolidado por temas

181 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

## 183 Órgãos Sociais



## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Ana Sofia Rodrigues*

*Miguel Sousa Ferro*

Este número da Revista de Concorrência & Regulação conjuga temas de diferentes ordenamentos jurídicos.

Beatriz Ribeiro Fernandes foca-se no ordenamento jurídico europeu e debruça-se sobre um dos temas mais controversos do direito dos auxílios de Estado dos últimos anos. Este artigo antecedeu acórdãos do TJUE sobre estes casos, entretanto saídos, mas que não alteraram as premissas da análise da autora. A identificação de auxílios de Estado pela Comissão Europeia nos casos Fiat, Starbucks, Apple e Amazon suscitou muitas críticas, nomeadamente de utilização destas normas para promover harmonização fiscal e extravasar as competências da UE. Para a autora, estes casos foram sobretudo uma oportunidade perdida

*This issue of the Revista de Concorrência & Regulação focuses on topics from different legal orders.*

*Beatriz Ribeiro Fernandes focuses on the European legal order and takes a look at one of the most controversial topics in EU State Aid Law of the last years. This article preceded some judgments of the CJEU, which have been issued in the meantime, but which did not change the premises of the author's analysis. The identification of State aid by the European Commission in the Fiat, Starbucks, Apple and Amazon cases raised much criticism, namely in what concerns the use of these rules to promote fiscal harmonization and go beyond the competences of the EU. For the author, these cases were mostly a lost opportunity to clarify the Law,*

de esclarecer o direito, permanecendo a convicção de que não estamos no final da história, mas talvez no fim do seu 1.º ou 2.º Acto.

Daniel Favoretto Rocha e Schermann Chrystie Miranda e Silva começam dum problema identificado no contexto da ordem jurídica Brasileira, com uma abordagem comparativa com a Europa. O que fazer quando se deteta uma infração concorrencial, mas o infrator não é capaz de pagar a multa? Como aferir na prática essa capacidade de pagar? Como a maioria das autoridades de concorrência do mundo, o CADE tem entendido que a redução de multas por dificuldades económicas do infrator deve ser excepcional e limitada a situações de insolvência. Os autores sugerem que este critério deve ser alargado para permitir reduções noutras cenários.

Edson Da Graça Francisco Macuá-cua e Noé José Penete discutem questões regulatórias na ordem jurídica moçambicana. Num momento de transição entre um regulador existente e um novo regulador independente, que carece de ser implementado, os autores salientam as inseguranças jurídicas ainda existentes e olham para um futuro em que a existência efetiva de um tal regulador independente poderá contribuir decisivamente para a boa evolução do setor do petróleo e da indústria extrativa em geral, identificando os passos que deverão ser tomados para alcançar esse resultado.

*leaving behind the conviction that we are not truly at the end of the story, but rather at the end of the 1st or 2nd Act.*

*Daniel Favoretto Rocha and Schermann Chrystie Miranda e Silva start from a problem identified in the context of the Brazilian legal order, with a comparative approach to Europe. What to do when an anti-trust infringement is detected, but the infringer is not capable of paying the fine? How to assess, in practice, such an ability to pay? As the majority of the competition authorities in the world, CADE has taken the position that the reduction of fines due to economic difficulties felt by the infringer should be exceptional and limited to scenarios of insolvency. The authors argue that this criterion should be broadened to allow reductions in other scenarios.*

*Edson Da Graça Francisco Macuá-cua & Noé José Penete discuss regulatory issues in the Mozambican legal order. In a moment of transition between an existing regulator and a new independent regulator, which must still be implemented in practice, the authors point out legal uncertainties which still remain and look towards a future in which the effective existence of such an independent regulator may contribute decisively for the good evolution of the oil sector and of the extraction industry in general, identifying the steps which must still be taken in order to achieve that goal.*

Finalmente, Philippe Magalhães Bezerra discute questões internacionais de direito da concorrência, partindo de exemplos da Alemanha e do Brasil e de casos de plataformas de reserva de hotéis. Chama a atenção para o facto de as conclusões das análises concorrenciais poderem variar consoante se aplique um conceito clássico de agente económico (racional) à aferição do comportamento dos consumidores ou se apliquem ensinamentos de economia comportamental. Uma importante conclusão do autor é que a eliminação das cláusulas de paridade típicas destas plataformas não prejudicaria as plataformas e não levaria a um efeito relevante de *free riding*.

*Finally, Philippe Magalhães Bezerra discusses international issues of Antitrust Law, starting from examples from Germany and Brazil and from hotel booking platforms. He draws our attention to the fact that competitive analysis may vary depending on whether one applies a classic concept of (rational) economic agent to the assessment of consumers' behaviour or whether one applies teachings from behavioural economics. An important conclusion of the author is that the elimination of parity clauses, typical to this type of platform, would not harm the platforms and would not lead to a relevant free riding effect.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina geral*



# FIAT, STARBUCKS, APPLE E AMAZON E A AFERIÇÃO DA SELETIVIDADE DO AUXÍLIO: OPORTUNIDADE DESPERDIÇADA?

*Beatriz Ribeiro Fernandes\**

**ABSTRACT** *This paper analyses the evaluation of the selectivity criterion applied by the European Commission in its Fiat, Starbucks, Apple and Amazon state aid decisions on tax rulings on transfer prices addressed to companies which are part of multinational groups. The particularity of these decisions is that the object of the investigations – the tax rulings – are the result of negotiations made between those companies and the national tax authorities in order to establish a way of calculating transactions made with other companies in the same group. Finally, this paper also analyses the EU Courts' conclusions on the subject.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. A aferição do critério da seletividade e práticas administrativas fiscais. 3. Preços de transferência, o princípio da plena concorrência (*Arm's Length Principle*) e os acordos prévios sobre preços de transferência. 4. A prática da Comissão: as recentes decisões sobre AdE sob a forma fiscal em casos de acordos prévios sobre preços de transferência. 4.1. Apreciação. 5. A jurisprudência do Tribunal Geral: *Fiat, Starbucks, Apple e Amazon*. 6. Caso *Fiat*: a decisão do Tribunal de Justiça. 7. Conclusões

**KEY-WORDS** auxílio de Estado; auxílio de Estado fiscal; artigo 107.º do TFUE; Comissão Europeia; critério da seletividade; *tax rulings*; práticas administrativas fiscais; preços de transferência; acordos prévios sobre preços de transferência; Fiat; Starbucks; Apple; Amazon.

---

\* Artigo adaptado e atualizado (à data de maio de 2023) do texto da dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em julho de 2022, sob a orientação do Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira. O texto do artigo é da exclusiva responsabilidade da sua autora.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema dos auxílios de Estado (AdE) constitui uma especificidade da União Europeia (UE), visto ser o único ordenamento jurídico a regular o tema – em concreto, nos artigos (arts.) 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Tendo o regime do controlo da atribuição de AdE sido previsto no Tratado de Roma com o objetivo de evitar que o apoio por parte dos Estados-Membros (EM) a empresas nacionais conduzisse a medidas retaliatórias por parte de outros EM (suscetíveis de conduzir a uma *subsidy race*), hoje, já com um paradigma de estabilização da integração económica dentro da UE, o foco está em questões acerca da eficiência das políticas de intervenção do Estado na economia<sup>1</sup>.

Nesta lógica, desde 2001, a Comissão Europeia (CE) tem levado a cabo um conjunto de investigações a medidas fiscais de certos EM suscetíveis de beneficiar algumas empresas<sup>2</sup>.

A tributação das empresas multinacionais e os moldes em que tal deverá ocorrer é um tema bastante atual e dinâmico. De acordo com a CE, no ano de 2018 cerca de 30,7% dos AdE foram atribuídos através de medidas fiscais<sup>3</sup>. Em dezembro de 2021, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) apresentou uma nova regra de tributação mínima de 15% a empresas multinacionais a aplicar no âmbito de cada jurisdição<sup>4</sup>, decisão imediatamente acompanhada pela CE<sup>5</sup>.

Concretamente, desde 2013, a DG Competition tem vindo a investigar diversas práticas e decisões no âmbito fiscal tomadas pelas autoridades administrativas do ponto de vista da sua compatibilidade com as regras europeias sobre AdE<sup>6</sup>. Para o efeito, em junho de 2013, criou uma *task force* dedicada ao tema com o objetivo de acompanhar e investigar informações que haviam vindo a público através dos meios de comunicação social e dos próprios Parlamentamentos nacionais, que alegavam estar a ser concedido um tratamento fiscal

---

1 Bacon, 2017: 5.

2 Comissão Europeia, 2016b: §(3).

3 Comissão Europeia, 2021b: 5.

4 OCDE, 2021.

5 Comissão Europeia, 2021a.

6 Comissão Europeia, 2016b: §(5).

mais favorável a certas multinacionais, tendo acabado por, em dezembro de 2014, alargar as suas investigações a todos os EM<sup>7</sup>.

Foram pedidas informações a todos os EM acerca das suas práticas relacionadas com decisões fiscais administrativas, assim como uma lista de todas essas decisões que tivessem sido adotadas entre 2010 e parte de 2013<sup>8</sup>. Pretendia-se, nomeadamente, obter informações a propósito de decisões fiscais administrativas referentes a acordos prévios sobre preços de transferência, para determinar a base tributável a ser paga por empresas que integravam grupos empresariais<sup>9</sup>.

Desses pedidos de elementos, a CE determinou a abertura de investigações aprofundadas para determinar a eventual existência da atribuição de AdE ilegais por alguns EM, destacando-se neste trabalho quatro desses casos em relação à Irlanda (*Apple*<sup>10</sup>), ao Luxemburgo (*Fiat*<sup>11</sup> e *Amazon*<sup>12</sup>) e aos Países Baixos (*Starbucks*<sup>13</sup>).

Nestes quatro casos estão em causa medidas que correspondem a acordos prévios sobre preços de transferência, acordados entre as empresas e as autoridades tributárias nacionais.

## 2. A AFERIÇÃO DO CRITÉRIO DA SELETIVIDADE E AS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS FISCAIS

Os elementos necessários para aferir da (in)existência de um AdE encontram-se na definição constante do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE: *i)* a existência de uma empresa/atividade económica; *ii)* a origem estatal do auxílio; *iii)* a atribuição de uma vantagem; *iv)* que essa vantagem seja seletiva; e *v)* a suscetibilidade de produzir efeitos sobre a concorrência entre os EM.

7 Cf. Informação disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/tax\\_rulings/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html) (consultado em 28.02.2021).

8 Comissão Europeia, 2016b: §(6).

9 Comissão Europeia, 2016b: §(7).

10 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253200/253200\\_1582634\\_87\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1582634_87_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

11 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253203/253203\\_1590108\\_107\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1590108_107_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

12 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/254685/254685\\_1614265\\_70\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1614265_70_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

13 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253201/253201\\_1596706\\_60\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1596706_60_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

No que em concreto diz respeito ao critério da seletividade, pode entender-se estar perante um AdE proibido pelo TFUE quando estão em causa “*medidas particulares e concretas, direcionadas a certos destinatários*”<sup>14</sup>.

A *seletividade* pode ser *material* ou *geográfica*. Dentro da seletividade material, poderá indicar-se existir aquela *de jure, de facto* e, ainda, a resultante de práticas administrativas fiscais, na medida em que a administração atua no âmbito do seu poder discricionário. Estas medidas são aquelas em que a atuação discricionária de administração limita o âmbito geral da medida.

Para o evitar, releva que essa autorização “*se base[ie] em critérios objetivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, circunscrevendo assim o exercício do poder discricionário das administrações públicas*”, devendo ainda “*assentar num sistema processual facilmente acessível e capaz de garantir aos interessados que o seu pedido de autorização será tratado dentro de um prazo razoável e com objetividade e imparcialidade, devendo, além disso, as eventuais recusas de autorização poder ser impugnadas no quadro de um recurso judicial ou parajudicial*”<sup>15</sup>.

A jurisprudência dos tribunais da UE tem distinguido duas situações em que pode ser afastado o caráter seletivo da medida: a primeira, quando a empresa/produção favorecida não esteja numa situação factual e jurídica comparável com a empresa/produção não favorecida; a segunda, quando o tratamento diferenciado se possa justificar pela natureza ou pelo regime geral do sistema de referência<sup>16</sup>.

Desta distinção, surgiu um método de análise em três fases para apreciação da seletividade das medidas (em inglês, *derrogation test*). Essas fases são: *i*) a identificação do sistema de referência; *ii*) a conclusão sobre se a medida em causa constitui uma derrogação a esse sistema de referência; e *iii*) em caso afirmativo, a análise da eventual justificação para essa derrogação, pela sua natureza ou pelo próprio regime geral do sistema de referência.

O sistema de referência deverá ser definido com base no(s) objetivo(s) que a medida pretende assegurar, o que no caso dos auxílios fiscais poderá constituir o “normal” sistema fiscal ou o “normal” imposto a aplicar naquela situação<sup>17</sup>. Isto poderá traduzir-se, no caso de impostos, na análise da matéria

---

14 Marcelino, 2016: 141.

15 Comissão Europeia, 2016a: §125.

16 Bacon, 2017: 70.

17 Bacon, 2017: 71.

coletável, dos sujeitos passivos, do facto gerador do imposto ou das taxas de imposto aplicáveis<sup>18</sup>.

Concluir que a medida em análise constitui uma derrogação ao sistema de referência significa concluir que essa medida “*é suscetível de favorecer certas empresas ou certas produções em comparação com outras empresas que se encontram numa situação factual e jurídica semelhante, tendo em conta o objetivo intrínseco do sistema de referência*”<sup>19</sup>.

A existência ou não de uma derrogação ao sistema de referência é o elemento-chave desta análise, pelo que, verificando-se a derrogação, entende-se que a medida é seletiva *prima facie*<sup>20</sup>. Sobre esta seletividade *prima facie*, refere Wolfgang Schön, a propósito dos AdE fiscais, que esta situação reverte o ónus de prova para o legislador de cada EM, na medida em que o coloca numa situação de demonstrar que a medida em causa é conforme ao sistema fiscal desse EM<sup>21</sup>.

Contudo, haverá ainda lugar a que essa seletividade seja afastada, caso o EM consiga justificar o tratamento diferenciado de empresas com base na natureza ou no regime geral do sistema de referência, nomeadamente por resultar de princípios básicos intrínsecos ao sistema de referência ou que provenha de mecanismos necessários para o funcionamento e a eficácia do sistema<sup>22</sup>.

O critério da seletividade comporta elevadas exigências técnicas de análise que, muitas vezes, dificultam a apreciação das medidas em causa, o que é também verdadeiro quando estão em causa AdE sob a forma fiscal.

Nomeadamente, Claire Micheau aponta a abrangência da definição de AdE ou o facto de muitas das medidas de natureza fiscal assumirem a forma de uma norma jurídica, o que aparenta conferir-lhe um carácter geral<sup>23</sup>.

A análise da seletividade em medidas fiscais, tal como realizada pela CE e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) é suscetível de levantar diversos problemas que, associados à complexidade do sistema fiscal, criam

18 Comissão Europeia, 2016a: §134.

19 Comissão Europeia, 2016a: §135.

20 Comissão Europeia, 2016a: §128.

21 Schön, 2016: 423.

22 Comissão Europeia, 2016a: §138. *Vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 02.07.1974, *Itália c. Comissão*, C-173/73, EU:C:1974:71, §33.

23 Micheau, 2008: 276.

espaço para um elevado grau de incerteza, nomeadamente, a dificuldade na distinção entre o critério da seletividade e o da vantagem económica<sup>24</sup>.

De facto, apesar de constituírem critérios distintos, a análise de ambos assenta em critérios em tudo semelhantes, que se traduzem na necessidade de identificar um sistema de referência e perceber se a medida *sub judice* se afasta desse mesmo sistema<sup>25</sup>.

Contudo, Wolfgang Schön refere que ambos os critérios requerem um exercício de comparação que, no âmbito fiscal, conduz à consideração de dois testes distintos: relativamente à vantagem, é necessário perceber se a empresa em causa é desobrigada da prestação de valores que normalmente teria de pagar; quanto à seletividade, é necessário identificar o sistema de referência e determinar se a medida em causa constitui uma derrogação ao mesmo<sup>26</sup>.

Noutra perspetiva, também a aplicação do método de análise em três fases levanta algumas dificuldades que advêm do facto de este método exigir a definição do regime tributário geral aplicável àquela situação (caso não existisse a medida em crise), o que não constitui uma tarefa linear nestes casos<sup>27</sup>.

Neste âmbito, a abordagem adotada pelo TJ para determinar a seletividade de uma medida fiscal consiste em verificar se essa medida efetivamente favorece um certo número de empresas contribuintes, independentemente do número concreto de empresas em causa, dos setores envolvidos ou das atividades levadas a cabo por essas empresas<sup>28</sup>.

Uma última dificuldade apontada por Micheau, relaciona-se com o encontrar um critério que se mostre capaz de equilibrar uma aplicação tão exigente e rigorosa do método de análise em três fases, entendendo a autora que esse equilíbrio se encontrará com a possibilidade de justificar a medida à luz do sistema jurídico em causa<sup>29</sup>.

Não obstante, estando a grande dificuldade do sistema de três fases na exigente aplicação dos seus critérios, uma crítica que pode ser apontada relaciona-se com a definição do sistema de referência com o qual se possa

---

24 *Ibidem*: 280.

25 *Ibidem*: 281.

26 Schön, 2016: 407.

27 Micheau, 2008: 282.

28 *Ibidem*: 282.

29 *Ibidem*: 282–283.

comparar a medida em crise, isto por muitas vezes este sistema de referência ser definido de forma demasiado abrangente<sup>30</sup>.

E este é um ponto central, já que a definição desse ponto de referência é fulcral na análise do critério da seletividade e, caso seja definido de forma demasiado abrangente, aumenta em muito a probabilidade de a medida ser efetivamente considerada seletiva. Veja-se que, em muitos casos, esse sistema de referência é definido como sendo todo o regime que compõe as normas fiscais que visam empresas.

Assim, uma conclusão possível é a de que a aplicação do método em três fases a medidas fiscais conduz a uma situação de incerteza jurídica, podendo resultar em decisões arbitrárias<sup>31</sup>.

### 3. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA, O PRINCÍPIO DA PLENA CONCORRÊNCIA (*ARM'S LENGHT PRINCIPLE*) E OS ACORDOS PRÉVIOS SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Nos casos em análise no presente artigo, o objeto investigado pela CE consiste em decisões fiscais, previamente concedidas pelas autoridades fiscais administrativas dos EM a empresas multinacionais, que decidam sobre o regime tributário a ser aplicado a cada caso, relacionado com preços de transferências entre várias empresas pertencentes à mesma multinacional.

Os preços de transferência (em inglês, *transfer prices*), podem ser definidos como “*the prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises*”<sup>32</sup>.

Está, portanto, em causa a determinação dos preços a aplicar quando se realizam transferências entre empresas que pertencem a um mesmo grupo de empresas. Do ponto de vista do Direito da Concorrência, a relevância do tema está em assegurar que estas empresas não tiram partido das suas relações especiais para praticar preços mais favoráveis do que aqueles que são praticados em condições normais de mercado por empresas independentes.

Com a preocupação em garantir que estes preços de transferências são definidos com base em condições de mercado, relaciona-se o respeito pelo princípio de plena concorrência (em inglês, *arm's lenght principle*), previsto no

---

<sup>30</sup> *Ibidem*: 283.

<sup>31</sup> Soltész, 2020: 19.

<sup>32</sup> OCDE, 2022: 13.

art. 9.º do *Model Tax Convention on Income and on Capital* da OCDE<sup>33</sup>, que não tem, contudo, carácter vinculativo.

Ainda assim, na sua Comunicação de 2016 sobre AdE, a CE parece deixar poucas hipóteses aos EM afirmando, de forma clara, no §172 do documento que nas análises que leve a cabo a propósito de medidas fiscais concedidas a empresas pertencentes a um mesmo grupo económico, irá “*necessariamente*” ter em conta o princípio da plena concorrência “*independentemente de um Estado-Membro ter incorporado este princípio no seu sistema jurídico nacional e sob que forma*”, indicando que, para tal, irá recorrer às orientações dadas pela OCDE sobre o tema.

De certa forma, a CE procura tornar vinculativo o que não o é<sup>34</sup>.

A aplicação do princípio da plena concorrência aos preços de transferência pressupõe que estes sejam fixados de acordo com as condições de mercado e em correspondência com aqueles que são os preços praticados por empresas independentes em situação comparável, evitando-se assim que a carga fiscal a aplicar àquela transação seja reduzida artificialmente através da troca de lucros e prejuízos entre as empresas do mesmo grupo económico<sup>35</sup>.

A este nível, existe uma figura que se traduz na possibilidade de as administrações fiscais poderem adotar, no âmbito dos seus poderes discricionários, decisões fiscais prévias (as *Advanced Tax Rulings*), que poderão tomar várias formas, uma delas sendo os acordos prévios sobre preços de transferência (APPT), realizados entre empresas e administrações fiscais<sup>36</sup>.

Os APPT consistem em acordos estabelecidos entre as empresas contribuintes e as autoridades fiscais administrativas, onde são estabelecidos os critérios a recorrer para o cálculo dos preços de transferência, para um determinado período<sup>37</sup>, cuja principal função é a de proporcionar certeza jurídica quanto à aplicação das normas relacionadas com preços de transferência à situação concreta em análise<sup>38</sup>.

Uma decisão fiscal poderá ser problemática do ponto de vista do regime dos AdE quando, por um lado, aplica uma determinada norma fiscal que constitua, esta própria, um AdE e, por outro lado, quando se traduz num

33 OCDE, 2017: 34–35.

34 Gormen, 2016: 380–381.

35 Vos, 2018: 115.

36 Esteves, 2016: 250.

37 Vos, 2018: 115.

38 Gunn et al., 2015: 122.

acordo que aplica uma norma fiscal de tal forma que passa a atribuir um auxílio, verificando-se os critérios para essa classificação<sup>39</sup>.

#### 4. A PRÁTICA DA COMISSÃO: AS RECENTES DECISÕES SOBRE ADE SOB A FORMA FISCAL EM CASOS DE ACORDOS PRÉVIOS SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

##### *Fiat*<sup>40</sup>

No caso *Fiat*, a medida em causa recai sobre um APPT, adotado em 03.09.2012, atribuído pela administração fiscal luxemburguesa à Fiat e que autoriza a aplicação de um método de afetação dos lucros à FFT<sup>41</sup>, que havia sido proposto pelo consultor fiscal da sociedade e que permitia à empresa determinar o seu rendimento tributável<sup>42</sup>.

Na decisão fiscal em causa, a administração fiscal luxemburguesa aceitou a análise sobre os preços de transferência da FFT realizada pelo consultor fiscal do grupo e que consta de um relatório sobre os preços de transferência que serviu de base à decisão fiscal em análise<sup>43</sup>.

De notar que o ordenamento jurídico luxemburguês prevê o princípio da plena concorrência<sup>44</sup>.

No que diz respeito à análise do critério da seletividade da medida, por um lado, a CE analisa conjuntamente a existência de uma vantagem e a seletividade da mesma; por outro lado, recorre ao método da análise em três etapas para a determinação da seletividade da medida<sup>45</sup>.

Primeiramente, determina o sistema de referência como correspondendo ao sistema geral do imposto sobre as sociedades do Luxemburgo, por entender que o regime de tributação societário do Luxemburgo é aplicável tanto a

---

39 *Ibidem*: 120.

40 Decisão (UE) SA.38375 – *Fiat*: §§1–67.

41 Empresa do grupo Fiat, sediada no Luxemburgo e que exerce atividades industriais e de serviços financeiros. À data do APPT em causa, o grupo era constituído pela S.p.A., com sede em Turim (Itália), e pelas demais sociedades controladas pela Fiat S.p.A.. Em outubro de 2014, a Fiat S.p.A. fundiu-se com a Fiat Investments N.V., sendo aquela sucedida pela Fiat Chrysler Automobiles N.V. – cf. Decisão (UE) SA.38375 – *Fiat*: §§34–36.

42 Decisão (UE) SA.38375 – *Fiat*: §52.

43 *Ibidem*: §54.

44 *Ibidem*: §75.

45 *Ibidem*: §§192 e ss.

empresas nacionais como às estrangeiras com residência no país, assim como às sucursais luxemburguesas destas. Enquanto as empresas nacionais ou com residência no Luxemburgo são tributadas relativamente aos lucros realizados a nível mundial, as não residentes estão sujeitas a imposto apenas nalgumas das receitas de fonte luxemburguesa<sup>46</sup>.

Acrescenta que o sistema de tributação societário do Luxemburgo é aplicável a todas as empresas, não fazendo qualquer distinção quanto à sua forma ou estrutura, nem quanto à forma de tributação do lucro entre sociedades integradas e não integradas, concluindo que ambos os tipos de sociedades se encontram numa situação factual e jurídica similar<sup>47</sup>.

Quanto à existência de uma derrogação, a CE entendeu que esta se verificava, já que a decisão em crise permitiu reduzir o imposto devido pela FFT em comparação com o sistema fiscal geral de tributação de sociedades no Luxemburgo, nomeadamente em relação às empresas não integradas.

Para chegar a tal conclusão, a CE analisou as opções do ponto de vista técnico tomadas no APPT, nomeadamente: *i*) não considerar adequadas as opções metodológicas, escolhas de parâmetros e ajustamentos por parte do consultor fiscal da Fiat para o cálculo da matéria coletável da FFT<sup>48</sup>; *ii*) o método utilizado na decisão para determinar a remuneração de plena concorrência não ser metodologicamente coerente do ponto de vista contabilístico<sup>49</sup>; *iii*) o consultor fiscal aplicar de forma incoerente, para a determinação no nível hipotético de fundos próprios regulamentares, o Quadro de Basileia II<sup>50</sup> por analogia<sup>51</sup>; *iv*) o consultor fiscal realizar um conjunto de deduções aos capitais próprios remanescentes da FFT, mas que se afastavam de um resultado baseado no mercado<sup>52</sup>; *v*) o nível estimado de rendibilidade exigida

---

46 *Ibidem*: §194.

47 *Ibidem*: §§198–199.

48 *Ibidem*: §248.

49 *Ibidem*: §250.

50 O Acordo de Basileia II é de 1999 e surge da conclusão pela insuficiência do Basileia I, de 1988. Estes acordos surgem num contexto de instabilidade sentido nos mercados bancários e cambiais internacionais, da década de 1970. Nesse sentido, foi criado um comité de supervisão bancária, em 1974, no seio do Bank for International Settlements, cujo objetivo era o de procurar a harmonização dos padrões de supervisão bancária. Em 2007, foi ainda acordado o Basileia III – cf. Vasconcelos et al, 2017: 3–4.

51 Decisão (UE) SA.38375 – Fiat: §267.

52 *Ibidem*: §277.

aplicada à base de capitais neste caso não se traduzir numa aproximação fiável de um resultado baseado no mercado<sup>53</sup>.

Todas estas circunstâncias conduziram, segundo a análise da CE, a que anualmente fosse calculada uma matéria coletável à FFT inferior aquela que resultaria das normais condições de funcionamento de mercado e de um resultado em plena concorrência, logo, constituindo uma derrogação ao sistema de referência.

Já no que diz respeito à existência de uma justificação, nem o Luxemburgo, nem a Fiat avançaram com um qualquer motivo justificativo para o tratamento seletivo da FFT, nem a CE conseguiu identificar qualquer possível justificação<sup>54</sup>, pelo que concluiu assim pela seletividade da decisão fiscal emitida pela administração fiscal luxemburguesa à FFT.

### **Starbucks<sup>55</sup>**

Esta Decisão recaiu sobre um APPT celebrado em 2008 entre a administração fiscal neerlandesa e a Starbucks Manufacturing EMEA BV (SMBV<sup>56</sup>), vinculativo por um período de 10 anos (de 01.10.2007 a 31.12.2017)<sup>57</sup>.

A CE concluiu que o APPT celebrado entre os Países Baixos e a Starbucks permitiu reduzir artificialmente a despesa fiscal da empresa, desde 2008, de duas formas distintas: *i*) através do pagamento de *royalties* à Alki LP (uma empresa também do grupo Starbucks, baseada no Reino Unido); *ii*) através do pagamento por um particular grão de café à Starbucks Coffee Trading SARL (baseada na Suíça)<sup>58</sup>.

Também aqui a CE dedicou-se à análise conjunta da seletividade e da vantagem.

No que diz respeito ao sistema de referência, a CE entendeu tratar-se do regime geral neerlandês do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

53 *Ibidem*: §292.

54 *Ibidem*: §§337–338.

55 Decisão (UE) SA.38374 – Starbucks: §§38–115.

56 Constituída nos Países Baixos, é uma filial do grupo Starbucks controlada pela Starbucks Corporation, com sede em Seattle, nos Estados Unidos da América (EUA). Das entidades controladas pelo grupo Starbucks, a SMBV é a única fora dos EUA que procede à torrefação do café, sendo ainda intermediária de distribuição de vários produtos – que não o café – a lojas Starbucks na Europa, Médio Oriente e em África – Cf. Decisão (UE) SA.38374 – Starbucks: §§37, 39, 49. Ainda, Arena, 2017: 55–56.

57 Decisão (UE) SA.38374 – Starbucks: §40.

58 Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 21.10.2015, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_15\\_5880](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5880).

após concluir que ao abrigo deste regime não há distinção na tributação entre empresas integradas e não integradas e, por isso, devem ser consideradas como estando numa situação factual e jurídica semelhante<sup>59</sup>.

A CE rapidamente conclui que o APPT da SMBV constitui uma derrogação a esse sistema<sup>60</sup>, procedendo a uma análise exaustiva com vista a demonstrar que o acordo prévio em crise constitui um desvio ao princípio da plena concorrência (§§255–412 da Decisão).

As condições previstas no APPT em crise tiveram por base um relatório de preços de transferência preparado à data pelo consultor fiscal da Starbucks, relatório esse que determina a remuneração pela função de torrefação da SMBV e que foi aceite pela administração fiscal neerlandesa como constituindo uma remuneração em condições de plena concorrência, aceitando também que o lucro gerado pela SMBV superior a esse nível de remuneração fosse pago sob a forma de *royalties* à Alki LP<sup>61</sup>.

Entendeu a CE que, com a celebração do APPT, a administração fiscal aceitou que a metodologia apresentada pelo consultor fiscal da Starbucks para efeitos de cálculo dos valores tributáveis devidos à SMBV pelas funções de torrefação pudesse determinar de forma direta o nível de *royalties* pagos pela SMBV à Alki LP pelo acordo de licença da propriedade intelectual (PI) de torrefação celebrado entre ambas. Aceitou ainda que o nível real dos lucros gerados pela SMBV no país pudesse ser reduzido para efeitos fiscais pelo pagamento de *royalties*, o que resultou num lucro tributável abaixo daquele registado<sup>62</sup>.

Tendo em conta esta situação, concluiu que o APPT em crise foi solicitado, em verdade, em relação ao acordo de licença de PI de torrefação entre a Alki LP e a SMBV e que a metodologia para a determinação dos *royalties* em causa enquanto uma variável de ajustamento seria a transação para a qual se fixam os preços através do acordo prévio. Esta conclusão choca com o facto de o relatório não ter identificado nem analisado este acordo de licença de PI de torrefação e, portanto, não ter sido determinada uma metodologia que assegure que o pagamento de *royalties* era conforme ao princípio da plena concorrência<sup>63</sup>.

---

59 Decisão (UE) SA.38374 – Starbucks: §§232, 236.

60 *Ibidem*: §§252 e ss.

61 *Ibidem*: §§268, 270.

62 *Ibidem*: §276.

63 *Ibidem*: §§277–278.

Já no que diz respeito aos valores de *royalties* pagos pela SMBV à Alki LP, a CE conclui que o valor em causa não está em plena concorrência, através da comparação com transações não controladas comparáveis, nomeadamente tendo em conta os acordos de licença de PI em acordos de distribuição, de fabrico e de torrefação realizados pela Starbucks com terceiros, de onde a CE conclui que o valor dos *royalties* que a SMBV deveria pagar à Alki LP deveria ser igual a zero, já que aquela não retira qualquer benefício da utilização deste acordo de PI de torrefação<sup>64</sup>.

Por fim, no que diz respeito à eventual justificação da medida, a CE não conseguiu avançar com qualquer possível justificação, nem os Países Baixos ou a Starbucks cumpriram com esse seu ónus<sup>65</sup>.

### *Apple*<sup>66</sup>

Esta decisão tem por objeto dois acordos prévios emitidos pela administração fiscal irlandesa em 29.01.1991 e em 23.05.2007, em relação às sociedades Apple Sales International (ASI) e Apple Operations Europe (AOE)<sup>67</sup>.

A ASI e a AOE não têm a sua residência fiscal constituída na Irlanda<sup>68</sup>. A ASI é uma filial da AOE, que detém a primeira a 100%; por sua vez a AOE é uma filial a 100% da Apple Operations International, irlandesa, detida a 100% pela Apple Inc., constituída nos EUA<sup>69</sup>.

A ASI e a AOE detêm os direitos de PI da Apple para a venda e produção de produtos Apple fora da América do Norte e da América do Sul, em troca de pagamentos anuais feitos à Apple Inc. para o financiamento das suas atividades de Investigação e Desenvolvimento<sup>70</sup>.

Em regra, as sociedades constituídas na Irlanda, mesmo sendo geridas e controladas no estrangeiro, estão sujeitas a tributação no país, exceto em duas situações: *i)* quando uma sociedade tenha residência fiscal noutra país ao abrigo de uma convenção para evitar dupla tributação; ou *ii)* quando uma sociedade seja cotada numa bolsa de valores reconhecida ou controlada por

64 *Ibidem*: §290.

65 *Ibidem*: §§413–414.

66 Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: §§1–110.

67 *Ibidem*: §§39, 40 e 44.

68 *Ibidem*: §45.

69 *Ibidem*: §47 e Figura 1.

70 *Arena*, 2017: 55.

pessoa residente num EM ou num outro país signatário de uma convenção fiscal e essa sociedade (ou uma sua filial) exerça uma atividade comercial na Irlanda.<sup>71</sup>

No período durante o qual os acordos prévios em crise estiveram em vigor, foi considerado que a ASI e a AOE, apesar de constituídas na Irlanda, se inseriam na segunda exceção referida, uma vez que eram controladas pela Apple Inc., sociedade residente num país signatário – os EUA. Contudo, e em simultâneo, a ASI e a AOE não tinham presença tributável em qualquer outra jurisdição fiscal<sup>72</sup>.

Através dos acordos em crise, ficaram determinados os lucros tributáveis da ASI e da AOE que, na prática, resultaram na transferência dos lucros decorrentes das vendas realizadas na Irlanda, para um *Head Office*, que não tinha espaço físico, trabalhadores, nem presença em qualquer jurisdição fiscal<sup>73</sup>.

No que diz respeito à análise do sistema de referência, a CE entendeu ser constituído pelo regime geral irlandês de tributação do lucro de sociedades, uma vez que este regime tributa todos os lucros de qualquer sociedade, independentemente da sua origem. Assim, entende a CE estarem numa situação factual e jurídica semelhante todas as sociedades com rendimento, residentes ou não residentes na Irlanda, estando também incluídas todas as empresas, independentemente de serem ou não integradas em sociedades<sup>74</sup>.

A CE parte então para uma longa e exaustiva análise, em simultâneo, da verificação da existência de uma derrogação ao sistema de referência e de uma vantagem seletiva, nos §§244 a 403.

Também aqui recorreu ao princípio da plena concorrência, esclarecendo que não recorre à aplicação direta do n.º 2 do art. 7.º e/ou do art. 9.º, ambos do Modelo de Convenção Fiscal, nem das orientações da OCDE, mas sim à aplicação do disposto no n.º 1 do art. 107.º do TFUE e ao princípio da plena concorrência, tal como interpretado pela jurisprudência do TJ, sendo indiferente que o EM tenha ou não integrado o princípio no seu sistema jurídico nacional<sup>75</sup>.

Deste ponto, procura demonstrar que os acordos prévios em causa constituem uma derrogação ao regime normal de tributação do lucro das sociedades

---

71 Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: §§48–49.

72 *Ibidem*: §§50–52.

73 Arena, 2017: 55.

74 Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: §§228–239.

75 *Ibidem*: §§255, 257.

na Irlanda, que permitiram que a ASI e AOE determinassem o seu lucro anual tributável de uma forma que se afastou daquele que seria o resultado em mercado, em respeito pela plena concorrência<sup>76</sup>.

Em primeiro lugar, alega que a afetação de lucros no seio de uma sociedade implica a afetação de ativos, funções e riscos entre as várias partes da sociedade em causa<sup>77</sup>, porque, argumenta, uma vez que as sucursais ASI e AOE não detêm personalidade jurídica própria, distinta daquela das sociedades a que pertencem, também não é possível concluir que os ativos e passivos sejam separados entre si, concluindo assim que é a sociedade como um todo que detém as licenças de PI em causa no presente processo<sup>78</sup>.

Assim, entende que a administração fiscal irlandesa deveria ter verificado se a afetação das licenças de PI da Apple fora da Irlanda, em vez da afetação à ASI e à AOE, poderia ter sido acordada em condições de plena concorrência<sup>79</sup>.

Em segundo lugar<sup>80</sup>, alega que cabia à Irlanda apreciar se as licenças de PI deveriam ou não ter sido afetadas fora da Irlanda, pois, caso o tivesse feito, concluiria que o facto de as sedes sociais da Apple não terem qualquer tipo de atividades relacionadas com essa PI, implicava a afetação das licenças à ASI e à AOE para efeitos fiscais<sup>81</sup>.

A somar a este facto, a CE conclui ainda da análise das atas de reunião do Conselho de Administração da ASI e da AOE durante o período em causa, que esses conselhos de administração não desempenharam “*papéis ativos e fundamentais no que se refere à gestão e ao controlo efetivos das licenças da PI da Apple*” e que várias funções foram eventualmente externalizadas a funcionários da Apple sediados na Irlanda<sup>82</sup>.

Além disso, entende que não tendo a ASI e a AOE atividade económica nem presença física fora das sucursais irlandesas, as atividades exercidas por estas empresas devem entender-se como integralmente realizadas por essas

---

76 *Ibidem*: §260.

77 Cf. Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: secção a), do subcapítulo 8.2.2.2.

78 Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: §271.

79 *Ibidem*: §273.

80 Cf. Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: secção b), do subcapítulo 8.2.2.2.

81 Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: §280.

82 *Ibidem*: §§282–286.

sucursais, não devendo o rendimento por estas registado ser afetado às respetivas sedes sociais<sup>83</sup>.

O terceiro ponto de análise relaciona-se com a observação da influência da afetação dos contributos da Apple Inc. em I&D e na gestão das licenças de PI em causa, sobre a afetação dos lucros no seio da ASI e da AOE<sup>84</sup>: entende a CE que a eventual existência de contributos não remunerados por parte da Apple Inc. em benefício da ASI e da AOE, mesmo que suscetíveis de influenciar a rendibilidade global destas, não podem condicionar a afetação dos lucros, já que “*os custos pagos pela ASI e pela AOE por esses contributos seriam suportados por essas sociedades como um todo (e não apenas pelas sedes sociais ou pelas sucursais irlandesas)*”<sup>85</sup>.

Desta forma, entende demonstrada a atribuição de uma vantagem seletiva à ASI e à AOE, através da redução da sua obrigação fiscal, referindo ainda dois fatores adicionais: por um lado, o facto de a Apple nunca ter apresentado à administração fiscal irlandesa um relatório sobre a afetação de lucros que fundamentasse os métodos de afetação que propôs à administração<sup>86</sup>; por outro lado, o facto de ambas as decisões fiscais terem sido concedidas sem qualquer tempo determinado de aplicação, sendo que, no caso da decisão de 1991, não estava sequer prevista uma cláusula de revisão<sup>87</sup>.

Por fim, a CE analisa a eventual existência de uma justificação (subcapítulo 8.2.4. da Decisão).

A Apple alegou como justificação que “*o exercício de poder discricionário é intrínseco ao regime irlandês de tributação das sociedades e que as decisões contribuíram para a eficácia do sistema e foram proporcionadas*”<sup>88</sup>.

A CE considera que a argumentação apresentada não constitui justificação bastante com base em três razões<sup>89</sup>: *i)* o uso do poder discricionário por parte da administração fiscal não pode por si só justificar o tratamento desigual entre sociedades em situação factual e jurídica semelhante; *ii)* meramente alegar que o poder discricionário é intrínseco ao regime de tributação, sem

---

83 *Ibidem*: §307.

84 Cf. Decisão (UE) SA.38373 – *Apple*: secção c), do subcapítulo 8.2.2.2.

85 Decisão (UE) SA.3837 – *Apple*: §§313–314.

86 *Ibidem*: §363.

87 *Ibidem*: §§364–366.

88 *Ibidem*: §405.

89 *Ibidem*: §§407, 409 e 410.

melhor o concretizar, não é suficiente para se considerar a derrogação justificada; e *iii*) a mesma referência geral à eficácia do sistema geral, não pode ser suficiente para justificar a seletividade em questão.

### *Amazon*<sup>90</sup>

A medida em causa no presente processo é uma decisão fiscal emitida pela autoridade fiscal administrativa luxemburguesa (DFA) à Amazon.com, Inc. (empresa parte do grupo *Amazon*) e que se materializa numa carta de 06.11.2003, aplicada até junho de 2014<sup>91</sup>.

Em 2005, a LuxSCS (sociedade em comandita simples luxemburguesa, associada à Amazon.com, Inc.) assinou com a Amazon Technologies, Inc. (ATI) um acordo de licença e cessão para os direitos de propriedade intelectual preexistentes e um acordo prévio de custos com a A9.com, Inc. e a ATI, ambas estabelecidas nos EUA. Celebrou ainda um acordo de licença e cessão de direitos de PI com a Amazon.co.uk, Ltd., a Amazon.fr SARL e a Amazon.de GmbH, através do qual a LuxSCS recebeu as marcas registadas e os direitos de PI destes *websites* europeus<sup>92</sup>.

Com o primeiro acordo de licença e cessão referido, a LuxSCS adquiriu o direito de exploração de determinados direitos de PI da Amazon, assim como um conjunto de ativos incorpóreos, da posse e desenvolvidos pela A9.com, ATI e pela LuxSCS, podendo também sublicenciar os mesmos<sup>93</sup>.

Por sua vez, a LuxOpCo era uma empresa 100% detida pela LuxSCS que, durante o período considerado, foi sede social do grupo Amazon na Europa, sendo a principal operadora das vendas a retalho em linha, assim como da prestação de serviços através dos websites europeus da Amazon na Europa<sup>94</sup>.

Sucedeu que a LuxOpCo e a Lux SCS celebraram entre si um acordo de licença, a vigorar a partir de 30.04.2006, que atribuiu à LuxOpCo, “*de forma irrevogável, o direito exclusivo de desenvolver, melhorar e utilizar os ativos incorpóreos para explorar os sítios Web europeus e para qualquer outra finalidade pretendida no território geográfico do «país europeu», como contrapartida do pagamento de royalties (a «taxa de licença»)*”<sup>95</sup>.

90 Decisão (UE) SA.38944 – *Amazon*: §§1–142.

91 *Ibidem*: §§121–122.

92 *Ibidem*: §105.

93 *Ibidem*: §106.

94 *Ibidem*: §108.

95 *Ibidem*: §116.

Através da DFA em crise no presente processo, o Luxemburgo declarou estar de acordo com o princípio da plena concorrência o método sugerido pela Amazon para a fixação dos preços de transferência para determinar os *royalties* anuais devidos pela LuxOpCo à LuxSCS em virtude do acordo de licença realizado entre ambas, que, por sua vez, determinaria o rendimento anual tributável da LuxOpCo no Luxemburgo<sup>96</sup>.

Para este efeito, o regime fiscal luxemburguês determina que as empresas contribuintes residentes no Luxemburgo têm a totalidade dos seus lucros sujeitos a impostos, enquanto aquelas não residentes têm apenas os seus rendimentos locais<sup>97</sup>.

O regime luxemburguês tem uma norma que consagra o princípio da plena concorrência, codificada em várias circulares, que concretizam a aplicação do princípio às transações de financiamento intragrupo<sup>98</sup>.

Nesta decisão, ao contrário das anteriores, a CE procedeu à análise distinta dos critérios da vantagem e da seletividade, sendo a seletividade tratada no capítulo 9.3 da Decisão (§§580 e seguintes).

A primeira conclusão a que a CE chega é a de que a medida em causa constitui uma medida individual, uma vez que tem um único beneficiário (a Amazon.com, Inc.) e que incide exclusivamente sobre a situação fiscal da LuxOpCo e da LuxSCS<sup>99</sup>.

Contudo, e apesar de poder presumir a seletividade da medida por esta ter natureza individual, a CE recorre à análise em três fases para concluir a ilação.

Numa primeira fase, a CE analisa a existência de um tratamento favorável relativamente aos demais sujeitos passivos do imposto sobre as pessoas coletivas, ou seja, o sistema de referência, definindo como estando numa mesma situação factual e jurídica “*todos os sujeitos passivos do imposto sobre as pessoas coletivas*”, quer empresas independentes, quer integradas em multinacionais<sup>100</sup>.

No que diz respeito à existência de uma derrogação, a CE não se alonga na demonstração da sua verificação, referindo apenas que a medida em causa constitui uma derrogação ao sistema de referência “*na medida em que concede à LuxOpCo um tratamento fiscal favorável que não está acessível a outros sujeitos*

---

96 *Ibidem*: §154.

97 *Ibidem*: §240.

98 *Ibidem*: §§241–242.

99 *Ibidem*: §583.

100 *Ibidem*: §589.

*passivos do imposto luxemburguês sobre as pessoas coletivas, cujo lucro tributável reflete os preços negociados em condições de plena concorrência no mercado*<sup>101</sup>.

Por fim, nem o Luxemburgo nem a Amazon adiantaram qualquer justificação para a medida em causa, nem a CE encontrou qualquer possível explicação que justificasse o tratamento favorável à LuxOpCo<sup>102</sup>.

#### 4.1. Apreciação

Destas decisões é possível extrair pontos-chave, relevantes para efeitos de melhor compreensão da avaliação feita pela CE em matéria de decisões fiscais sobre preços de transferência e a sua eventual (in)compatibilidade com o regime dos AdE.

Como primeira nota, há que apontar a opção sistemática de tratar a existência de uma vantagem simultaneamente com o seu eventual carácter seletivo<sup>103</sup> que, em nossa opinião, é uma metodologia que complica fortemente a compreensão sobre os aspetos específicos de cada um dos critérios individualmente considerados. Tal metodologia, em último recurso, é suscetível de afetar não só os direitos de defesa dos destinatários das decisões da CE, mas também o carácter pedagógico que estas possam ter para outras empresas e EM que procurem compreender antecipadamente como atuar em matéria de celebração de acordos prévios sobre preços de transferência.

Existem, contudo, algumas ideias que poderão ser relevantes e consideradas para o futuro.

Uma primeira relaciona-se com a eventual existência de uma justificação para o tratamento desigual da(s) empresa(s) beneficiária(s) da medida: em nossa opinião, se se sabe que, à partida, uma medida de natureza individual poderá presumir-se seletiva, caberá ao EM, à cautela, ser capaz de apresentar uma eventual justificação. Veja-se que, dos casos aqui analisados, apenas no caso *Apple* é que o EM avançou com uma eventual justificação.

Por outro lado, ainda que no âmbito do critério da vantagem, as decisões da CE indicaram já um conjunto de pormenores que os EM poderão procurar acautelar no futuro<sup>104</sup>:

Em primeiro lugar, o facto de a decisão fiscal ter ou não por base um relatório sobre preços de transferência que seja apresentado pela empresa

101 *Ibidem*: §599.

102 *Ibidem*: §§603–604.

103 Arena, 2017: 63.

104 Cf. Arena, 2017: 61–62.

contribuinte (preocupação levantada pela CE nas decisões de abertura formal de investigação nos casos *Apple* e *Amazon*); por outro lado, quanto maior o período previsto para a aplicação da medida, menores as probabilidades de a mesma ser considerada como estando de acordo com a plena concorrência, já que poderá não acautelar as normais alterações no contexto económico (veja-se o §365 da Decisão *Apple*).

Por fim, estas decisões da CE demonstram a relevância de os acordos prévios compactuarem com os métodos previstos na *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration* da OCDE<sup>105</sup>.

Esta questão conduz-nos para o segundo ponto, relacionado com a aplicação e consideração do princípio da livre concorrência.

A legitimidade da sua aplicação no âmbito do direito europeu foi já confirmada pelo TJ, nomeadamente no Acórdão *Forum 187*<sup>106</sup>.

Contudo, a aplicação deste princípio nestes casos gerou alguma controvérsia, nomeadamente o facto de a CE parecer, desde logo, presumir que o desvio daqueles que seriam os resultados da consideração da plena concorrência indica a existência de seletividade<sup>107</sup>, opção criticada, designadamente, pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, na sua reação ao caso *Apple*<sup>108</sup>.

Uma outra questão que poderá ser colocada em relação à aplicação do princípio da plena concorrência e que é levantada pelos EM nos casos *supra* analisados, prende-se com a possibilidade de esta comparação dos termos da medida em crise com o princípio da plena concorrência, implicar que a CE esteja a substituir-se às administrações nacionais na interpretação da sua própria legislação, uma vez que nem todos os ordenamentos jurídicos dos EM preveem esse princípio e que as orientações da OCDE não têm natureza vinculativa.

Contudo, a CE afasta esta questão, referindo que o princípio da plena concorrência que aplica não é aquele que resulta do Modelo da Convenção Fiscal da OCDE, mas sim aquele que decorre do princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação e que é abrangido pelo n.º 1 do art. 107.º do TFUE<sup>109</sup>. Poderá ainda assim questionar-se se não será esta uma

105 *Ibidem*: 62. Veja-se, nomeadamente, o determinado no §255 da decisão no caso *Apple*.

106 C-182/03 e C-217/03, *Forum 187*, EU:T:2020:338.

107 Gormsen, 2016: 375.

108 Estados Unidos da América, 2016: 6-9.

109 Veja-se, a título de exemplo, o §264 da decisão no caso *Starbucks*.

forma demasiado “obscura” de a CE ultrapassar a questão, já que, da letra do art. 107.º do TFUE, não será previsível que EM e empresas retirem a centralidade do princípio como este é apresentado pela CE nos presentes casos.

Uma terceira e última ordem de razão prende-se com a determinação do sistema de referência relevante no caso em apreço. Como se pôde constatar nas decisões *supra* analisadas, em todos esses casos a CE entendeu que o sistema de referência a considerar seria o regime nacional geral de tributação das pessoas coletivas.

Uma crítica que se poderá empregar a esta situação resulta do facto de ser um sistema de referência de alargada abrangência: a fixação do sistema de referência como sendo todo o regime fiscal de tributação a pessoas coletivas dificulta que qualquer acordo prévio não seja entendido como uma derrogação.

Contudo, esta crítica peca pela dificuldade em encontrar uma solução alternativa.

Efetivamente, considerar como sistema de referência, tal como avançado em alguns dos casos, a prática decisória administrativa fiscal em termos de preços de transferência, poderá ter por consequência a “manipulação” pelos EM do determinado na própria legislação nacional, em benefício de determinadas formas de empresas (nomeadamente, multinacionais) ou de determinados setores da economia. Acresce o facto de se poder correr o risco de essa prática decisória, em determinados casos, não ser coerente o suficiente para que seja possível levar a cabo uma análise exímia como a situação exige.

A solução que melhor parece apresentar-se seria, acompanhando alguns dos EM e empresas visadas, a de aceitar como sistema de referência a legislação aplicável a empresas integradas em grupos societários. A CE afastou anteriormente esta hipótese, mas o facto é que estas são as normas aplicáveis em matéria de preços de transferência, instituto a que empresas não integradas não necessitam de recorrer, pelo que também nunca seriam objeto de um acordo prévio nessa matéria emitido por uma entidade administrativa fiscal.

Não se pode, contudo, ignorar que esta não se mostra uma solução ótima, já que traz como eventual problema o facto de os EM poderem fazer-se valer desta situação para legislarem e/ou emitirem decisões administrativas em favorecimento de sociedades integradas, em comparação com aquelas não integradas<sup>110</sup>.

Há então que concluir que a prática decisória por parte da CE em matéria de acordos prévios sobre preços de transferências carece, em nossa opinião, de

110 Neste sentido, Vos, 2018: 119.

uma maior clareza de exposição na sua fundamentação e necessita de algumas alterações em termos de opções metodológicas, nomeadamente, da clara separação analítica de cada um dos critérios em causa.

##### 5. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL GERAL: *FIAT*, *STARBUCKS*, *APPLE* E *AMAZON*

Das decisões da CE analisadas, foram interpostos recursos para o Tribunal Geral da União Europeia (TG) por parte das empresas e EM destinatários dessas decisões.

O TG pronunciou-se nos Acórdãos de 24.09.2019 (*Fiat*<sup>111</sup> e *Starbucks*<sup>112</sup>), 15.07.2020 (*Apple*<sup>113</sup>) e 12.05.2021 (*Amazon*<sup>114</sup>). À exceção do Acórdão *Fiat*, o TG deu provimento a todos os recursos interpostos, anulando assim as decisões da CE.

Efetivamente, nas decisões *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, o TG entendeu que a CE não conseguiu demonstrar de forma bastante a existência de uma vantagem, pelo que não considerou necessário analisar os demais critérios e argumentos. Significa, portanto, que apenas no caso da *Fiat* é que o TG analisou a aplicação do critério da seletividade pela CE.

Analisar-se brevemente a decisão do TG quanto à seletividade da vantagem que entendeu verificar-se no caso *Fiat*:

Neste âmbito, as alegações da FFT e do Luxemburgo podem ser resumidas nos seguintes pontos: *i*) o quadro de referência considerado foi errado, devendo ter sido considerado o regime de tributação das sociedades integradas; *ii*) a medida em causa constitui uma medida individual de aplicação de um regime fiscal geral e não de uma medida *ad hoc*, pelo que a CE não deveria ter presumido a seletividade<sup>115</sup>.

Assim, quanto à consideração da seletividade por via da presunção operada pela CE, o TG declarou entender que a medida em causa não poderia “*ser considerada uma medida concedida com base num regime de auxílios*”<sup>116</sup>, tendo como sustentação três constatações: *i*) nenhuma disposição em causa ou que

111 T-755/15 e T-759/15, *Fiat*, EU:T:2019:670.

112 T-760/15 e T-636/16, *Starbucks*, EU:T:2019:669.

113 T-778/16 e T-892/16, *Apple*, EU:T:2020:338.

114 T-816/17 e T-318/18, *Amazon*, EU:T:2021:252.

115 Cf. T-755/15 e T-759/15, *Fiat*, EU:T:2019:670: §§328–329.

116 *Ibidem*: §349.

tenha sido invocada pelas partes é suscetível de configurar um regime tal como definido na al. *d*) do n.º 1 do Regulamento n.º 2015/1589; *ii*) a decisão administrativa em causa diz respeito única e exclusivamente à FFT, acrescentando que os elementos essenciais da medida derivam dessa medida e não do regime fiscal luxemburguês; *iii*) o facto de a administração fiscal luxemburguesa dispor de uma “*margem de apreciação*” para determinar em cada caso o montante tributável de cada sociedade que o requeira, é suficiente para entender que a medida não constitui uma medida de execução de um regime de auxílio<sup>117</sup>.

Desta feita, o TG conclui que a medida em causa constitui efetivamente uma medida individual, nos termos da al. *e*) do art. 1.º do Regulamento n.º 2015/1589<sup>118</sup>.

O TG valorou ainda o facto de a CE ter também analisado a existência de seletividade de acordo com a análise em três etapas.

No que diz respeito à definição do sistema de referência e à derrogação ao mesmo, começou por considerar que “*independentemente do quadro de referência considerado pela Comissão, quer se trate do sistema geral do imposto sobre as sociedades ou do artigo 164.º do Código dos Impostos e da Circular, a Comissão pôde corretamente considerar que a decisão antecipativa derrogava as regras que compõem cada um dos quadros de referência*”, rejeitando os argumentos dos recorrentes relativos ao sistema de referência relevante identificado pela CE, assim como os que contestavam a existência de uma derrogação<sup>119</sup>.

Por fim, quanto à verificação de uma eventual justificação para a derrogação, o TG valorou o facto de nem a FFT, nem o Luxemburgo terem “*fornecido o mínimo motivo que permitisse justificar o tratamento seletivo da FFT resultante da decisão antecipativa em causa*”, além de a CE também não ter conseguido identificar uma possível justificação<sup>120</sup>.

Assim, conclui o TG que não houve qualquer erro na análise da CE e que, por isso, ficou demonstrada a seletividade da vantagem atribuída.

Efetivamente, uma vez que os critérios para a verificação da existência de um AdE são cumulativos e tendo em conta que nos restantes casos o TG entendeu que a CE não demonstrou de forma suficiente a existência de uma

117 *Ibidem*: §§349–353.

118 *Ibidem*: §355.

119 *Ibidem*: §§361–362.

120 *Ibidem*: §363.

vantagem, nos processos *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, não foi avaliada a aplicação do critério da seletividade nos termos realizados pela CE.

Naturalmente, não se pretende questionar a justeza dessa opção por parte do TG, uma vez que todos os critérios que concorrem para a existência de um AdE ilegal são cumulativos e, portanto, não se verificando um deles, os demais não carecem de ser analisados.

Contudo, não poderá deixar de assinalar-se uma “oportunidade perdida”: a de submeter à sindicância dos tribunais a seletividade em medidas desta natureza e complexidade. Acresce que, mesmo que em sede de recurso o TJ viesse a anular a Decisão de 1ª instância e a determinar a sua devolução ao TG para uma nova decisão, já se teriam passado alguns anos e com isso a oportunidade de esclarecer em tempo útil a questão<sup>121</sup>.

Há também a destacar o facto de nestes casos, à semelhança de jurisprudência anterior, o TG decidir pela irrelevância de a CE proceder à análise do critério da “vantagem seletiva” em simultâneo. Nos casos *Fiat*, *Starbucks* e *Apple*, o TG declarou de forma direta não existir problema com essa metodologia, porque a CE analisa, ainda assim, os dois critérios. Contudo, em qualquer um dos casos, o TG optou pela análise isolada de cada um dos critérios.

Resulta claro destas decisões que o TG esperava um maior grau de argumentação por parte da CE na fundamentação das suas conclusões. Nomeadamente, é repetidamente declarado pelo Tribunal que a CE não conseguiu demonstrar suficientemente a existência de uma redução da carga fiscal em benefício das empresas em causa e, conseqüentemente a existência de uma vantagem.

Assim, como várias vezes refere o TG, a fundamentação da CE não se pode bastar na mera referência ou identificação de erros de metodologia, sendo necessário descer ao caso concreto.

Por outro lado, todos os acórdãos reconheceram a competência da CE para utilizar o princípio da plena concorrência como um *instrumento* na aplicação do art. 107.º do TFUE e da demonstração da existência de uma vantagem seletiva nos casos em apreço, afastando todas as alegações expostas pelas empresas e pelos EM, nomeadamente, as referentes à violação da segurança jurídica, à soberania fiscal dos EM, às diferenças com o estabelecido nas Orientações da OCDE ou mesmo sobre a possibilidade de aplicação dessas Orientações da OCDE.

---

121 Derenne et al, 2019: 154d.

Mas esta vitória não é isenta de críticas. Em análise ao Acórdão *Fiat*, alguns autores criticam a apreciação feita pelo TG à aplicação do princípio da plena concorrência, na medida em que entendem que reescreve a análise feita pela CE na sua decisão<sup>122</sup>.

Estes autores consideram ainda que o princípio só poderá ser aplicado no âmbito do art. 107.º do TFUE quando não está previsto no ordenamento jurídico nacional em causa e que, por isso, não poderá constituir uma componente do art. 107.º do TFUE<sup>123</sup>.

De notar que o que parece verdadeiramente difícil em termos de prova pela CE prende-se com a demonstração da existência de uma vantagem. Mesmo no Acórdão *Fiat*, recorde-se, o único em que o Tribunal analisou o critério da seletividade, o TG dedica a maior parte da sua análise aos argumentos que questionavam a existência de uma vantagem, validando de forma relativamente simples os métodos de análise da seletividade considerados pela CE.

Desse mesmo Acórdão não deixa de se destacar que o TG focou também o facto de não ter sido apresentada nenhuma possível justificação para a seletividade da medida, o que valorou de forma desfavorável às recorrentes. Ora, invoca-se nesta sede o que já havia sido suscitado no subcapítulo 4.1., na medida em que parece pouco prudente que os EM e as próprias empresas visadas não procurem apresentar uma potencial justificação para o tratamento seletivo dos destinatários da medida em crise.

Poderá colocar-se a questão de se este aumento de exigência na demonstração da existência de uma vantagem influencia o grau de exigência na demonstração da seletividade da medida. Não teremos resposta concreta: se, por um lado, a resposta poderá ser positiva, uma vez que sem a demonstração da vantagem, não há sequer análise da seletividade; por outro lado, há a hipótese de a seletividade ser presumida, o que significa que, nesses casos, demonstrada a vantagem e estando em causa uma medida individual, não há que demonstrar a seletividade do AdE.

Por outro lado, e tomando como exemplo o Acórdão *Apple*, a mera leitura do mesmo demonstra que a análise por parte do TG se mostra muito mais aprofundada quando procura afastar as linhas de argumentação e posições defendidas pela CE em comparação com os momentos em que decide pela procedência das alegações e linhas argumentativas das Recorrentes.

---

122 Beeton et al, 2019: 2.

123 *Ibidem*: 2

Contudo, veja-se que no Acórdão *Fiat*, mesmo no cenário em que a CE analisou a seletividade através do método em três fases, o TJ aceitou toda a fundamentação apresentada pela CE, sem levantar objeções ou críticas.

Por fim, dar nota de que, sem surpresas, nestes Acórdãos o TG validou alguns temas já jurisprudencialmente estabelecidos: o tema da intervenção da CE não ser suscetível de consubstanciar uma ingerência na soberania fiscal dos EM; a defesa da legitimidade da decisão de recuperação do auxílio e de a mesma não prejudicar as expectativas legítimas dos seus destinatários, nem os seus direitos de defesa; e como a atuação da CE relativa ao art. 107.º do TFUE não se resume a uma tentativa de harmonização fiscal.

## 6. CASO *FIAT*: A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dos Acórdãos supra analisados, foram objeto de recurso para o TJ aqueles proferidos nos processos *Apple*, *Amazon* e *Fiat*. Enquanto nos dois primeiros ainda se aguarda decisão, o TJ já se pronunciou acerca do processo *Fiat*.

Assim, por Acórdão de 08.11.2022<sup>124</sup>, decidiu o TJ dar provimento ao recurso interposto, anulando o Acórdão do TG e a Decisão da CE, por entender que a CE falhou na identificação do sistema de referência. Em nossa opinião, não só o sentido decisório constitui uma derrota, como o decidido pelo TJ a propósito da aplicação do princípio da plena concorrência se mostra desapontante.

Efetivamente, entendeu o TJ, recorrendo ao princípio da legalidade, que a CE não deveria ter procedido à aplicação de um princípio que não está previsto no ordenamento jurídico do país visado: “(...) *só são pertinentes (...) as disposições nacionais para efeitos da análise da questão de saber se determinadas transações devem ser examinadas à luz do princípio da plena concorrência e, sendo caso disso, se os preços de transferência, que constituem a matéria coletável dos rendimentos tributáveis devidos por um contribuinte e a sua repartição entre os Estados em causa, se afastam ou não de um resultado de plena concorrência. Não podem assim ser tomados em consideração, no âmbito do exame da existência de uma vantagem fiscal seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, e para efeitos da determinação da carga fiscal que habitualmente onera uma empresa, parâmetros e regras externas ao sistema fiscal em causa, exceto se este último a eles se referir expressamente*”<sup>125</sup>.

124 C-885/19 P e C-898/19 P, *Fiat*, EU:C:2022:859.

125 *Ibidem*: §§96-97.

Parece assim que os tribunais da UE manter-se-ão um desafio para as tentativas da CE na investigação e condenação de EM pela prática de alegadas práticas fiscais anticoncorrenciais, podendo até questionar-se se entendimentos como aquele desenhado pelo TJ neste caso voltará a trazer o tema da autonomia fiscal dos EM para o centro da discussão.

É defensável que esta decisão cria segurança jurídica para empresas e EM, sendo que poderá naturalmente influenciar o sentido decisório nos processos ainda pendentes no TJ<sup>126</sup>. Contudo, em Comunicado<sup>127</sup>, Margrethe Vestager voltou a reforçar o seu objetivo de continuar a investigar práticas fiscais suscetíveis de consubstanciar AdE ilegais estando tal trabalho inserido no objetivo de transparência fiscal, que tem sido central na atuação da CE nos últimos anos.

Nomeadamente, invoca que o trabalho da CE nesta área tem expressado resultados nos EM que vão além das decisões individuais tomadas pela CE, mas que se traduziram em alterações à legislação fiscal ou na incorporação de princípios da OCDE.

## 7. CONCLUSÕES

O desenrolar judicial dos processos *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, não deixa de se traduzir numa oportunidade perdida de clarificar a análise a realizar para aferir da verificação da seletividade da vantagem ilegalmente concedida, clareza essa necessária para garantir uma maior segurança jurídica a empresas e EM, uma vez que está em causa um critério de difícil análise, ainda por mais em medidas de natureza tão complexa como aquelas de natureza fiscal.

Desta forma, e ainda que estas decisões tenham já clarificado pontos bastante relevantes, ficam ainda por clarificar algumas questões, designadamente, as críticas ao âmbito demasiado abrangente dos sistemas de referência considerados pela CE para a aplicação da análise em três fases da seletividade.

Uma outra conclusão que se retira dos acórdãos do TG é a de que se esperava um maior grau de fundamentação por parte da CE, nomeadamente, uma fundamentação concreta e não apenas baseada na alegação de erros metodológicos nas medidas em causa.

Também o TJ se pronunciou no caso do processo *Fiat*, numa decisão que se pode considerar como uma grande derrota para a CE, que não só viu a

126 Anderson et al, 2022: 2.

127 Comissão Europeia, 2022.

decisão do TG, única que lhe havia sido favorável, ser anulada, como viu o recurso ao princípio da plena concorrência ser condicionado.

Em qualquer caso, a CE já demonstrou vontade de continuar a investigar práticas administrativas de âmbito fiscal que sejam suscetíveis de consubstanciar AdE ilegais, não abandonando os seus objetivos de construção de uma política fiscal cada vez mais justa dentro da UE, pelo que importa ficarmos atentos ao resultado de futuras investigações.

## BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, James e o.

2022 “The EU Court of Justice annuls the Commission’s expansive interpretation of State aid in a Luxembourg tax rulings case (Fiat Chrysler)”, in *e-Competitions News*, issue November 2022 – II

ARENA, Amedeo

2017 “State Aids and Tax rulings: An assessment of the Commission’s recent decisional practice”, in *Market and Competition Law Review*, Vol. I, n.º 1, pp. 49–79

BACON, Kelyn

2017 *European Union Law of State Aid*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press

BEETON, Daniel & PARTSCH, Philippe–Emmanuel

2019 “The EU General Court delivers two judgments providing guidance on the application of the arm’s length principle in the context of State aid investigations (Fiat/Starbucks)”, in *e-Competitions News*, issue October 2019 – II, art. n.º 92105

DERENNE, Jacques & CHILARU, Catalina

2019 “Le Tribunal de l’Union européenne annule une décision concernant les Pays–Bas (pour défaut de preuve de l’avantage) et confirme une autre, adressée au Luxembourg, dans deux situations factuelles similaires concernant des décisions fiscales anticipées” in *Concurrences*, n.º 4 2019, Art. n.º 92299, pp. 153–155

ESTEVEES, Mariana Medeiros

2016 “Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia”, in *Revista Concorrência e Regulação*, n.º 27/28, pp. 239–264

- GORMEN, Lisa Lovdahl  
2016 “EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, n.º 6, pp. 369–382
- GUNN, Anna & Luts, Joris  
2015 “Tax Rulings, APAPs and State Aid: Legal Issues”, in *EC Tax Review*, 2015–2, pp. 119–125
- MARCELINO, Carla  
2016 “Auxílios do Estado – introdução ao conceito à luz do artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu”, in *e-Pública*, Vol. 3, n.º 2, pp. 135–159
- MICHEAU, Claire  
2008 “Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice”, in *EC Tax Review*, 2008–6, pp. 276–284
- SCHÖN, Wolfgang  
2016 “State Aid in the area of taxation”, in Hancher, Leigh *et al* (ed.), *EU State Aids*, 5.ª ed., UK: Sweet & Maxwell Ltd., pp. 393–440
- SOLTÉSZ, Ulrich  
2020 “EU State aid law and taxation – Where do we stand today?”, in *European Competition Law Review*, Volume 41, Issue 1, pp. 18–25
- VASCONCELOS, J.M.O., PERES M., C.J. & CRISTÓVÃO, D.C.  
2017 *Acordos de Basileia e o impacto na regulamentação da actividade bancária: Uma revisão*, disponível em [https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/ finais\\_site/218.pdf](https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/ finais_site/218.pdf) [consultado em 31.03.2023]
- Vos, Bram  
2018 “State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks?”, in *EC Tax Review*, 2018–2, pp. 113–120

### **Documentos Oficiais**

#### COMISSÃO EUROPEIA

- 2016a *Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, (2016/C 262/01), JO C 262, de 19.07.2016
- 2016b *DG Competition working paper on state aid and tax rulings*, de 03.06.2016 disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/working\\_paper\\_tax\\_rulings.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf) [consultado em 31.03.2023]
- 2021a Discurso Comissário Gentiloni: *Opening remarks by Commissioner Gentiloni at the press conference on the implementation of the OECD agreement on a*

- global minimum level of taxation and on an initiative to prevent the misuse of shell entities*, de 22.12.2021, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/speech\\_21\\_7085](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/speech_21_7085) [consultado em 31.03.2023]
- 2021b *State Aid Scoreboard 2020*, de 14.06.2021, disponível em [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/state\\_aid\\_scoreboard\\_note\\_2020.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/state_aid_scoreboard_note_2020.pdf) [consultado em 31.03.2023]
- 2022 STATEMENT/22/6690, de 08.11.2022, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/statement\\_22\\_6690](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/statement_22_6690) [consultado em 19.03.2023]

#### ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

- 2016 *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings – U.S. Department of the Treasury White Paper*, Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América, de 24.08.2016, disponível em <https://home.treasury.gov/system/files/131/WhitePaper-EU-State-Aid-8-24-2016.pdf>, [consultado em 31.03.2023]

#### OCDE

- 2017 *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Paris: OECD Publishing, disponível em <https://doi.org/10.1787/mtc-cond-2017-en> [consultado em 31.03.2023]
- 2021 Comunicado: *OECD releases Pillar Two model rules for domestic implementation of 15% global minimum tax*, de 20.12.2021, disponível em <https://www.oecd.org/tax/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm> [consultado em 31.03.2023]
- 2022 *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, Paris: OECD Publishing, disponível em <https://doi.org/10.1787/0e655865-en> [consultado em 31.03.2023]

#### Jurisprudência UE & Prática Decisória

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de junho de 2006 – *Forum 187 ASBL*, C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416
- Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 24 de setembro de 2019 – *Fiat Chrysler Finance Europe*, T-755/15 e T-759/15, EU:T:2019:670
- Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 24 de setembro de 2019 – *Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV*, T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669
- Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 15 de julho de 2020 – *Apple Sales International e Apple Operations Europe*, T-778/16 e T-892/16, EU:T:2020:338

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 12 de maio de 2021, *Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc.*, T-816/17 e T-318/18, EU:T:2021:252

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 08 de novembro de 2022, *Fiat Chrysler Finance Europe*, C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859

### **Comissão Europeia**

Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) – *Starbucks*

Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) – *Fiat*

Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – *Apple*

Decisão (UE) 2018/859 da Comissão, de 04 de outubro de 2017, SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) – *Amazon*



# INABILITY TO PAY SOB A PERSPECTIVA DO CADE: DOSIMETRIA E LIMITES DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS CONCORRENCIAIS NO BRASIL E NA EUROPA\*

*Daniel Favoretto Rocha\*\**

*Schermann Chrystie Miranda e Silva\*\*\**

**ABSTRACT** *This paper analyses how competition agencies rule inability to pay arguments, based on Brazil and the European Union as case studies under a comparative law approach. Thus, this paper asserts how the Brazilian agency addresses this topic and suggests possible improvements based on the European Commission's activity. Under the perspective that the inability to pay principle is a midway between overenforcement and underenforcement, balancing the competition policy's deterrence with undertakings' capacity to compete as two sides of the same coin, this paper reveals that CADE uses formal bankruptcy and judicial rehabilitation as standards to assert an undertaking's ability to pay. However, CADE can improve its policy by using additional corporate aspects as standards, adopting guidelines, and keeping a closer accompany of the undertaking while monitoring compliance to the conviction.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. “Situação econômica do infrator” na jurisprudência do CADE. 3. Estudo comparado entre a jurisprudência do CADE e a prática europeia. 4. Possíveis aprimoramento. 5. Considerações finais.

**KEY-WORDS** Política anti-cartel; dosimetria da coima; inability to pay; situação econômica do infrator; direito europeu.

**JEL** K21, K23

---

\* As teses e opiniões defendidas neste artigo são dos autores e não representam, necessariamente, a posição das instituições às quais estão vinculados. Os autores esclarecem que, em suas atividades profissionais, não atuaram em nenhum dos casos citados neste artigo, não havendo conflito de interesses a declarar.

\*\* Consultor do CADE no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e Consultor Não-Governamental perante a International Competition Network (ICN). Mestre em Direito & Desenvolvimento e Bacharel em Direito pela FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas), onde foi assistente de docência e pesquisador. Revisor da Revista de Defesa de Concorrência do CADE. Advogado, Geradin Partners. Tilburg, Holanda. E-mail: dfavoretto@geradinpartners.com.

\*\*\* Advogado sênior do Pereira Neto Macedo Advogados. Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP) e em Direito Público pelo Instituto Processus. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

## 1. INTRODUÇÃO

A política de defesa da concorrência do Brasil, seguindo o padrão antitruste internacional, impõe sanções pecuniárias de valores elevados sobre infratores, como parte da repressão a condutas anticompetitivas, em especial, práticas de cartel. Não à toa, as sanções aplicadas por autoridades de defesa da concorrência são conhecidas, ao redor do mundo, por serem pesadas e de valores extremados<sup>1</sup>.

Com o passar dos anos, ora em razão de eventual abusividade das sanções impostas, ora como mera estratégia processual de defesa, condenados por práticas anticompetitivas passaram a impugnar o valor das multas/coimas impostas com base em sua incapacidade econômico-financeira de arcar com o referido valor. A tese de incapacidade de arcar com a condenação é conhecida como “*inability to pay*”, embora, como será visto adiante, este termo pode se referir a apenas um dos possíveis fundamentos para a dosimetria ou revisão da sanção pecuniária. Assim, o tema dos limites das sanções pecuniárias impostas por autoridades antitruste ganhou relevo na seara acadêmica brasileira e internacional.

A possibilidade de modular a sanção pecuniária com base na condição econômica do apenado pode ser vista como uma ponderação entre duas diretrizes da política concorrencial: a livre iniciativa e a eficácia dissuasória da pena. De um lado, sanções excessivamente pesadas podem inviabilizar a atividade econômica do apenado, esgotando sua capacidade competitiva e, por isso, violando seu direito à livre iniciativa (fundamento da ordem econômica brasileira, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988). De outro lado, sanções brandas esvaziam a natureza dissuasória do combate a infrações à ordem econômica, deixando o interesse público vulnerável ao abuso de poder econômico. Por isso, essas duas diretrizes são lados de uma

---

1 Forrester, 2016: 175. “*Leniency programs around the world usually offer a fine reduction, which is welcome in a world where antitrust fines can be higher than penalties for other wrongs considered harmful to society or the environment. Ball-bearing producers were fined € 370 million in 2014; in 2008, glass-makers received fines of € 715 million. Between 2010 and 2014 the Commission imposed fines totaling about € 8.4 billion. These sums are enormous, and there seems no prospect of their diminishing in severity.*” Tradução livre: “*Programas de leniência ao redor do mundo, em regra, implicam em redução da coima, algo que é muito bem-vindo em um mundo como o antitruste, em que as coimas podem ultrapassar o montante aplicado a outras condutas consideradas gravosas à sociedade ou ao meio ambiente. Fabricantes de rolamentos foram multados em € 370 milhões, em 2014; em 2008, produtores de vidro foram multados em € 715 milhões. Entre 2010 e 2014, a Comissão impôs coimas que, somadas, totalizaram cerca de € 8.4 bilhões. Estes montantes são enormes e parece não haver nenhuma tendência da severidade destas sanções diminuírem.*”

mesma moeda: defender a concorrência exige atender às diretrizes por meio de penas balanceadas.

No Brasil, este assunto já foi abordado pela autoridade da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). As partes representadas em processos administrativos sancionadores alegam, ocasionalmente, que se encontram em situação econômico-financeira precária, razão pela qual a sanção pecuniária a ser imposta pelo Tribunal Administrativo deveria ser minorada. As bases deste argumento são os princípios da isonomia e da proporcionalidade e o artigo 45, inciso VII, da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011), que prevê que, na aplicação de penas previstas nesta lei, o CADE deve levar em consideração a “*situação econômica do infrator*”<sup>2</sup>.

No âmbito forense, portanto, o tema não é novo. Contudo, seu endereçamento costuma ocorrer de forma lateral nos julgados do CADE e, no âmbito acadêmico, pouco ou nada se explorou os critérios adotados pela autoridade brasileira da concorrência para julgar a tese de *inability to pay*<sup>3</sup>. O tema deste artigo ganhou especial relevância no contexto recente, devido ao advento de debates sobre a eficácia da política dissuasória anti-cartel do CADE<sup>4</sup>, às falas de alguns conselheiros do CADE em sessões de julgamento<sup>5</sup> e à crise financeira enfrentada por algumas empresas no contexto global da pandemia do Covid-19 e da guerra na Ucrânia. Nestas falas, alguns conselheiros ressaltaram a necessidade de endurecimento das sanções do CADE ou das contribuições pecuniárias pactuadas, razão pela qual os limites da dosimetria vêm, também, à tona.

---

2 Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: VII – a situação econômica do infrator; (...).

3 Após pesquisar as publicações de 2016 a 2023, nas duas principais revistas especializadas em direito concorrencial no Brasil – a Revista de Defesa da Concorrência (RDC) e Revista do IBRAC –, notamos que os trabalhos que analisaram a dosimetria de sanções do CADE o fizeram sem abordar os dilemas do critério de situação financeira do infrator. Apesar de serem trabalhos relevantes, analisaram outros aspectos de dosimetria de sanção. Vide, por exemplo, Watanabe (2017), Cavalcanti (2018), Cavalcanti (2019), Salgado (2022).

4 Nesse sentido, por exemplo, vide evento realizado entre o CADE e a *International Cartel Task Force* (ICTF) dos Estados Unidos, em 12.12.2022, sobre desafios e tendências no combate a cartéis.

5 Citamos, apenas a título exemplificativo, as falas dos Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin, na 88.ª Sessão Ordinária de Julgamento (22.06.2016), na homologação do Requerimento de TCC n.º 08700.002492/2015-87.

Preencher esta lacuna é a contribuição deste artigo, que analisa a situação econômica do infrator como critério de dosimetria da coima, na jurisprudência do CADE. As duas perguntas condutoras deste artigo são as seguintes:

- (i) Quais os parâmetros utilizados pelo CADE, ao considerar a situação econômica do infrator, na dosimetria da coima?
- (ii) Quais aspectos da jurisprudência do CADE podem ser aprimorados com base no direito concorrencial europeu, em matéria de dosimetria da coima por situação econômica do infrator?

A escolha do sistema jurídico europeu como parâmetro de estudo comparado se justifica na maturidade desse sistema em política sancionatória de defesa da concorrência e no fato de ter servido de parâmetro legislativo para a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>6</sup>, razão pela qual pode contribuir para a reflexão de possíveis aprimoramentos da jurisprudência brasileira. Para a realização deste estudo comparado, utilizou-se precedentes administrativos e legislação nacional e comunitária como fontes primárias, conjugados com uso de doutrina jurídica e “*grey literature*” como fontes secundárias de apoio.

A legislação brasileira, ao prever a situação econômica do infrator como critério de fixação da sanção, não faz distinção entre pessoas naturais e pessoas jurídicas, razão pela qual esse critério é aplicável a investigados de qualquer natureza. No entanto, considerando a maior relevância das sanções aplicadas a empresas (em termos de valor das coimas e de impacto a *stakeholders* que se relacionam com o infrator) e a maior complexidade de aferição da situação econômica de empresas em comparação a pessoas naturais ou pessoas jurídicas não empresariais, as perguntas de pesquisa elencadas acima se referem especificamente a sanções para empresas.

Para responder as perguntas elencadas acima, este artigo foi dividido em três seções centrais, além da presente introdução e das considerações finais. A seção 2 buscará responder a primeira pergunta de pesquisa. Após um mapeamento dos precedentes do CADE em que houve menção à *situação econômica do infrator* para fins de dosimetria, serão identificados os principais parâmetros utilizados pela autarquia, ao analisar pleitos de situação econômica

---

6 O sistema europeu de defesa da concorrência inspirou aspectos da reforma brasileira do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por meio da Lei n.º 12.529/2011. Mais detalhes sobre as evidências de inspiração ao Brasil, vide Favoretto Rocha, 2021.

para fixação ou revisão da coima. Os critérios utilizados para identificar os referidos parâmetros foram o padrão de prova exigido para determinar a “situação econômica” do representado e a profundidade da fundamentação dos conselheiros do CADE para acolher ou refutar essa tese jurídica.

Para responder a segunda pergunta condutora deste artigo, a seção 3 identificará os critérios de dosimetria adotados no sistema europeu e os comparará com os parâmetros identificados na jurisprudência do CADE, conforme expostos na seção anterior. A partir das diferenças constatadas na seção 3, entre a prática do CADE e a prática europeia, a seção 4 sintetizará os aspectos da jurisprudência do CADE, neste tema, que podem ser aprimorados com base na experiência europeia. Por fim, a seção 5 apresentará as considerações finais.

Com este artigo, pretendemos demonstrar que a atividade sancionatória do CADE não deve inviabilizar economicamente o *player* sancionado, sob pena de retirá-lo do mercado e prejudicar a livre concorrência que deveria ser tutelada. Este limite à atividade sancionatória deve ser observado pelo CADE por meio de uma análise documental mais robusta da situação econômico-financeira da empresa sancionada, apesar dos custos de *enforcement* de análises mais aprofundadas sobre esse aspecto e da inegável importância de sanções pesadas, que produzam efeitos dissuasórios.

## 2. “SITUAÇÃO ECONÔMICA DO INFRATOR” NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Conforme exposto na introdução acima, não raras são as vezes em que representados, no âmbito de processos administrativos do CADE, pleiteiam redução da coima por sua situação econômica. Para fins didáticos, trazemos um caso concreto que sirva de exemplo.

Trata-se da oposição de embargos de declaração pela representada MZE Moreira Zappa Engenharia Energia Climatização e Redes Ltda. (“MZE”), nos autos do processo administrativo n.º 08012.006130/2006-22, que tratou de cartel em mercado de serviços de manutenção predial. A embargante MZE alegou omissão da decisão do CADE “*por não ter considerado a situação econômica do infrator*”. A MZE havia trazido aos autos informação de queda supostamente abrupta de seu faturamento, pedindo, com isto, a redução da coima que lhe fora imposta.

A jurisprudência do CADE admite que a situação econômico-financeira do representado enseje a redução da coima<sup>7</sup>. Além da força do imperativo legal mencionado acima (artigo 45, inciso VII, Lei n.º 12.529/2011), o Brasil afirmou à *International Competition Network* (ICN), em consulta realizada a diversas agências antitruste, que a capacidade de pagar pode ser levada em consideração na dosimetria da coima (ICN, 2017: 36).

O critério de “situação econômica do infrator” serve, segundo referido dispositivo legal, de critério para a “aplicação das penas” da Lei n.º 12.529/2011. Há, entretanto, dois momentos processuais distintos em que este critério pode ser invocado: antes do Tribunal Administrativo proferir decisão condenatória, quando o critério é utilizado para a fixação da coima, e depois do Tribunal Administrativo proferir sua decisão, após a qual o critério é utilizado para a revisão da coima.

Esta revisão da coima – segundo momento em que este critério deve ser invocado – pode se dar por fator pretérito ou superveniente e costuma ser pleiteada ora administrativamente, via oposição de embargos de declaração ou interposição de pedido de reapreciação, ora judicialmente, via oposição de embargos à execução ou ajuizamento de ação anulatória perante foro da Justiça Federal brasileira.

Com isto, não há qualquer controvérsia quanto ao fato de que a coima pode ser reduzida (ou majorada) em razão da situação econômica do infrator. Trata-se, neste ponto, de questão superada, considerando que a própria Lei 12.529 impõe o dever de observar este critério na dosimetria da sanção. No entanto, as controvérsias surgem na forma ou método adotado pelo CADE para utilizar este critério na dosimetria. Qual o padrão de prova exigido para comprovar a “situação econômica do infrator”?

A jurisprudência do CADE não provê critérios muito claros e específicos para avaliar qual penúria econômica é suficiente para ensejar a redução da coima. Nota-se, na jurisprudência da autarquia, que não há aprofundamento na análise da situação econômico-financeira da empresa como motivador de redução da coima<sup>8</sup>. Geralmente, as ocasiões em que a situação econômica do infrator é citada nos julgamentos do CADE são pontuais, no contexto de

---

7 Os precedentes nos quais a autarquia reduziu a coima imposta, com base neste critério, são suficientes para embasar esta afirmação. Vide, por exemplo, o processo administrativo n.º 08012.004674/2006-50, rel. Cons. João Paulo Resende, DOU 28.08.2018. Pesquisa realizada no acervo digital do CADE, por meio dos termos de busca “inability to pay”, “capacidade de pagamento” e “situação econômica do infrator”.

8 Conclusão extraída de pesquisa feita nos votos dos processos administrativos n.º 08012.004674/2006-50, 08012.002812/2010-42, 08012.000377/2004-73, 08012.007155/2008-13 e 08012.006130/2006-22.

menção a todos os critérios de dosimetria previstos na legislação, e se limitam a afirmar que os autos do processo não possuem provas suficientes de precariedade financeira da empresa para a aplicação deste critério de redução da coima<sup>9</sup>.

O CADE dificilmente aceita argumentos de redução da coima por situação econômica do infrator, de forma que este critério de dosimetria costuma ser utilizado pela agência para, ao contrário, majorar ou fundamentar valores elevados de coima a empresas de significativo porte econômico<sup>10</sup>. Nas poucas ocasiões em que a tese de situação econômica do infrator foi aceita para reduzir o valor da coima, o CADE utilizou apenas a decretação de falência e o estado de recuperação judicial como parâmetros de penúria econômica<sup>11</sup>. Não basta, portanto, a mera alegação de dificuldade financeira ou a comprovação de endividamento ou de queda de faturamento. Apesar, então, dos diversos métodos que possam ser utilizados para averiguar a “situação econômica” de uma empresa, o critério utilizado pelo CADE é o estado de recuperação judicial ou a decretação de falência<sup>12</sup>.

O voto do Conselheiro Márcio de Oliveira, no julgamento dos embargos de declaração no processo administrativo n.º 08012.000377/2004-73, elucida bem o padrão de prova necessário para comprovar a situação econômica do infrator. O Representado Hospital São Matheus pediu a redução da coima, com base em sua adesão ao Refis (Programa de Recuperação Fiscal da autoridade fiscal brasileira, cujo objetivo é facilitar a renegociação e adimplemento de dívidas fiscais com a União). Segundo o embargante, sua adesão ao Refis comprovaria penúria econômica que ensejasse redução da coima imposta.

9 Abordagem adotada pela Conselheira Paula Farani no Processo Administrativo n.º 08700.006005/2019-89 (17.08.2021), Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann no Processo Administrativo n.º 08700.004455/2016-94 (23.08.2021) e Conselheiro Sergio Ravagnani no Processo Administrativo n.º 08700.003340/2017-63 (26.10.2021).

10 Por exemplo, no Processo Administrativo n.º 08012.009611/2008-51 (cartel em licitações públicas de portas de segurança detectoras de metal, 18.02.2022), a Conselheira Lenisa Prado citou a situação econômica de empresa que havia descumprido condenação imposta pelo CADE para fundamentar o aumento do valor de coima diária, com base no artigo 39 da Lei n.º 12.529/2011, que trata de coimas persuasivas ao cumprimento da sanção (astreintes).

11 Este critério foi utilizado nos processos administrativos n.º 08012.004674/2006-50, n.º 08012.000377/2004-73 e n.º 08012.002812/2010-42.

12 Cita-se, como exemplo, o voto do Conselheiro João Paulo, nos embargos de declaração do processo administrativo n.º 08012.004674/2006-50, DOU 28.08.2018: “Ademais, tendo em vista o teor do art. 45, inciso VII, da Lei n.º 12.529/2011, que determina que a situação econômica do infrator seja considerada na aplicação das penas por infração à ordem econômica, entendo que o fato de a Embargante se encontrar em situação falimentar, e não em recuperação judicial, deve ser levado em conta na dosimetria da multa que lhe foi imposta.”

O Conselheiro rejeitou os embargos opostos pelo Hospital, alegando que a adesão ao Refis comprova apenas o endividamento, não a situação econômica do infrator<sup>13</sup>. Embora trate de endividamento perante o Fisco, este voto teve como fundamento o entendimento de que estar endividado indica apenas que o devedor não pagou, mas o motivo do não pagamento pode ter sido diversos além da dificuldade financeira.

O processo administrativo n.º 08012.006130/2006-22, citado no início desta seção, também indica o critério utilizado pelo CADE, para aferir a situação econômica do infrator. Segundo o voto-relator, a mera queda de faturamento não é suficiente para reduzir a coima do Representado<sup>14</sup>.

Embora o CADE já tenha avaliado a “capacidade de pagamento” por meio da receita anual do Representado<sup>15</sup>, não foi constatado caso de redução de coima sem a existência de falência ou recuperação judicial. Por isso, por via jurisprudencial, o CADE limitou o escopo do artigo 45, inc. VII, da Lei 12.529, exigindo ora falência, ora recuperação judicial, para reduzir o valor da coima. Considerando que há outras hipóteses independentes de falência e recuperação judicial em que a condenação concorrencial possa ser desproporcional à capacidade de pagamento da empresa, pode-se afirmar que o CADE privilegia o risco de *overenforcement* de sua política concorrencial em vez do risco de *underenforcement*<sup>16</sup>.

13 Trecho do voto-relator, em sede de embargos de declaração, DOU 25.08.2015: “Se o contribuinte prefere direcionar a riqueza tributada para algo que entende mais prioritário, conhece os riscos de tal proceder e não pode esperar ser tratado pela Administração Pública com menor rigor por isso. Além disso, a inclusão de uma empresa no Refis não significa necessariamente que ela esteja em dificuldades financeiras. Significa que ela, por decisão sua, atrasou tributos e os está pagando em função de um programa de financiamento de impostos atrasados lançado pelo poder público. Nesse raciocínio, o atraso no adimplemento de obrigações tributárias não significa necessariamente que a empresa está com problemas financeiros, razão pela qual a adesão do infrator ao Refis não pode ser imediatamente considerado como atenuante. (...) Por isso, não há porque aplicar uma multa menor a uma empresa por ela ser devedora de tributos, sob pena de se institucionalizar tratamento mais brando com administrado que se mostra menos diligente no cumprimento de suas obrigações públicas (...)”

14 Trecho do voto-relator, em sede de embargos de declaração, DOU 24.10.2017: “Dessa forma, a decisão considerou que os elementos apresentados pela Embargante da sua queda de faturamento não foram capazes de justificar uma atenuante pela situação econômica do infrator.”

15 Vide voto-vogal do Conselheiro Maurício Bandeira Maia, no processo administrativo n.º 08012.007155/2008-13, DOU 19.12.2017: “Situação Econômica do infrator: os elementos nos autos permitem a afirmação de estabilidade financeira da ACECOMVI. A receita da associação esteve próxima de R\$ 200 mil anuais entre 2007 e 2010 e entre R\$ 750 mil anuais entre 2013 e 2014. Nesse sentido, tais dados podem ser utilizados para aferir a capacidade de pagamento da entidade de classe para fins de proporcionalidade da penalidade pecuniária.”

16 Esse racional é compreensível, considerando que os custos de *overenforcement* de uma política concorrencial tendem a ser suportados pelas empresas infratoras, enquanto os custos de *underenforcement* tendem a ser suportados por concorrentes, consumidores e sociedade em geral.

A adoção desse padrão de prova tem um aspecto negativo e outro positivo. Em relação ao primeiro aspecto, a limitação das hipóteses de redução da coima a situações de falência e recuperação judicial configura obstáculo não previsto expressamente na lei (por isso, pode-se argumentar que sua exigência contraria o legislador) e diminui a proteção à livre iniciativa, pois a situação econômica de uma empresa pode ser incompatível com o valor de uma condenação antitruste, mesmo que ela não esteja falida ou tenha iniciado processo de recuperação judicial.

Por outro lado, há embasamento para restringir a aplicação do artigo 45, inc. VII, a apenas estes dois critérios. O principal motivo para o CADE exigir apenas algumas destas duas situações (recuperação ou falência) é evitar excesso de discricionariedade e subjetividade em suas decisões. Sem uma dessas situações objetivas e notórias de penúria econômica, a agência antitruste correria o risco de ingressar em infundáveis debates sobre o melhor método econômico-financeiro para avaliar a situação da empresa, reduzindo a segurança jurídica no país. Por isso, o Conselheiro João Paulo, no caso do Cartel das Embalagens Plásticas, afirma ser imprescindível um guia que defina, com clareza, o impacto da situação econômico-financeira da empresa no cálculo da coima<sup>17</sup>.

Além disso, pode-se argumentar que o CADE estaria dentro de sua liberdade interpretativa: dada a ausência de especificação de método de aferição da situação econômica do infrator na legislação, caberia ao CADE definir o método mais adequado.

Portanto, como indicado na seção anterior, a análise da coima com base na capacidade de pagamento do infrator é uma ponderação entre a livre iniciativa e a eficácia dissuasória da política concorrencial. Apesar dos dois lados desta moeda, entendemos que essa análise superficial e limitada, feita pelo CADE, tende a ser prejudicial à eficácia da política de defesa da concorrência.

Primeiramente, questiona-se se o Tribunal Administrativo tem competência para limitar o escopo de uma previsão legal, mesmo que para fins de segurança jurídica. Em segundo lugar, esta limitação impede que o CADE avalie a real proporcionalidade entre o valor da coima e a capacidade competitiva de empresas condenadas. Dado o potencial prejuízo de uma coima desproporcional à atividade econômica do infrator, os critérios utilizados pelo

---

17 Trecho do voto: “Acho imprescindível, contudo, que um guia de dosimetria defina regras claras de como a situação econômico-financeira das empresas influenciará no valor das multas bem como que documentos e informações devem ser prestadas para esse fim.” Processo Administrativo n.º 08012.004674/2006-50, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, dj. 04.07.2018.

CADE poderiam retirar um *player* do mercado ou mesmo reduzir sobremaneira sua capacidade de competir de forma efetiva, invertendo a própria lógica do direito antitruste, que é tutelar a livre concorrência.

### 3. ESTUDO COMPARADO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO CADE E A PRÁTICA EUROPEIA

Esclarecida a abordagem jurisprudencial do CADE, cabe compará-la à prática internacional. Utilizaremos o sistema europeu para fins de comparação, embora diversas jurisdições utilizem a situação econômico-financeira da empresa sancionada para dosimetria da coima, como Suíça, Alemanha, África do Sul e Canadá. Nos Estados Unidos, por meio da “*United States sentencing commission guidelines manual 2016*” (“*Sentencing Guidelines*”), há, também, previsão expressa da possibilidade de redução da coima imposta ao acusado, se for constatada sua incapacidade de pagá-la<sup>18</sup>.

Na União Europeia, decisões sancionatórias por violação a regras concorrenciais são baseadas no artigo 103 do Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFEU), que prevê a competência da Comissão Europeia para sancionar infrações anticompetitivas, e no Regulamento n.º 01/2003, cujo artigo 23 estabelece parâmetros de dosimetria de coimas. O artigo estabelece apenas um limite para o valor da coima: não deve passar do valor de 10% da receita da empresa referente ao ano comercial anterior ao julgamento<sup>19</sup>. Este limite é aplicável a qualquer condenação, independentemente da capacidade econômica da empresa infratora. Além deste limite, o artigo também estabelece dois parâmetros de dosimetria a serem considerados na fixação da coima, quais sejam, a gravidade e a duração da infração. Não há, portanto, menção há possibilidade de redução da coima pela situação econômica do infrator.

18 “§8C2.2 (b) Where it is readily ascertainable through a preliminary determination of the minimum of the guideline fine range (see §§8C2.3 through 8C2.7) that the organization cannot and is not likely to become able (even on an installment schedule) to pay such minimum guideline fine, a further determination of the guideline fine range is unnecessary. Instead, the court may use the preliminary determination and impose the fine that would result from the application of §8C3.3 (Reduction of Fine Based on Inability to Pay).

§8C3.3 (b) The court may impose a fine below that otherwise required by §8C2.7 (Guideline Fine Range — Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement) if the court finds that the organization is not able and, even with the use of a reasonable installment schedule, is not likely to become able to pay the minimum fine required by §8C2.7 (Guideline Fine Range — Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement).”

19 Regulamento n.º 01/2003, artigo 23(2): “A coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração não deve exceder 10 % do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente”.

Não obstante, as “*Guidelines on the method of setting fines*” (“*Guidelines*”) fazem menção expressa à situação econômico-financeira da empresa como critério de dosimetria da coima<sup>20</sup>. Embora não trate de norma com efeito vinculante, as *Guidelines* têm efeito orientador relevante dentro da jurisdição europeia<sup>21</sup>.

No tópico 2.F das *Guidelines* (§35), há previsão de que, em casos excepcionais, a Comissão Europeia pode, sob provocação, levar em consideração a capacidade da empresa condenada pagar, para fins de dosimetria da pena pecuniária a ser imposta. No entanto, nota-se que este critério de dosimetria é absolutamente excepcional, pois as *Guidelines* ainda preveem que a má condição financeira da companhia condenada não pode embasar redução da coima, se tal condição for momentânea ou adversa. A dificuldade financeira da companhia somente poderá reduzir a pena pecuniária se for comprovado que a aplicação da coima inviabilizaria a atividade econômica da mesma e retiraria todo o valor de seus ativos.

Na maioria das jurisdições ao redor do mundo, a capacidade de pagar é um critério levado em consideração, na dosimetria da sanção (ICN, 2017: 34). Neste ponto, conforme visto na seção anterior, podemos concluir que o CADE está em consonância com o restante do mundo, dado que, por força da própria legislação brasileira, a situação econômica do infrator é utilizada como critério de dosimetria da coima.

Apesar desta semelhança, a prática do CADE e a prática internacional – especificamente, a europeia – têm notáveis diferenças entre si. Enquanto o CADE busca abordar o tema de forma simplificada e superficial – *i.e.*, com pouca análise documental e limitada a verificar a existência de falência ou recuperação judicial –, órgãos de outras jurisdições fazem uma abordagem mais detalhada e pormenorizada, citando os documentos e informações que utilizam para aferir a situação econômica do infrator.

As *Guidelines* da Comissão Europeia carecem de especificação de metodologia para aferir a capacidade de pagamento da empresa infratora. Além

---

20 “*In exceptional cases, the Commission may, upon request, take account of the undertaking’s ability to pay in a specific social and economic context. It will not base any reduction granted for this reason in the fine on the mere finding of an adverse or loss-making financial situation. A reduction could be granted solely on the basis of objective evidence that imposition of the fine as provided for in these Guidelines would irretrievably jeopardise the economic viability of the undertaking concerned and cause its assets to lose all their value.*”

21 Referida relevância pode ser verificada no fato de que as *Guidelines* integram o embasamento das decisões da Comissão Europeia nos seguintes casos: AT.38344 (“*Prestressing Steel*”, 30.06.2010), AT.38866 (“*Animal Feed Phosphates*”, 20.07.2010), AT.38589 (“*Heat Stabilisers*”, 11.11.2009), AT.39092 (“*Bathrooms Fittings and Fixtures*”, 23.06.2010) e AT.38543 (“*International Removal Services*”, 11.03.2008).

disso, os precedentes europeus não permitem um estudo muito aprofundado sobre este assunto, pois a maior parte da fundamentação das decisões é sigilosa, considerando tratar de informações concorrencialmente sensíveis e segredo comercial.

No entanto, a partir de alguns precedentes e documentos institucionais da Comissão Europeia é possível ter uma pista das diferentes metodologias utilizadas para a consideração desses aspectos da situação econômica dos infratores, pois os trechos públicos das decisões são suficientes para indicarem a diferença da jurisprudência europeia em relação à brasileira.

A Comissão Europeia, ao apreciar pedido de revisão de coima por situação econômica do infrator, se baseia em documentos financeiros da empresa<sup>22</sup>, indo muito além da mera análise de existência de falência decretada ou recuperação (extra)judicial em andamento. Conforme se nota do formulário de requisição de revisão de coima com base na tese de *inability to pay* da Comissão Europeia<sup>23</sup> e das decisões dos casos AT.39092 (“*bathroom, fittings and fixtures*”) e AT.39965 (“*Mushrooms*”), a Comissão Europeia analisa, em regra, os seguintes documentos, para avaliar a situação econômico-financeira da empresa:

- a) Demonstrações financeiras dos últimos cinco anos (balanço contábil, demonstração de resultados, demonstração de fluxo de caixa, demonstração de alteração no capital próprio e relatório anual de gestão da companhia);
- b) Demonstrações financeiras do ano atual e detalhamento da gestão do caixa e conta bancária da empresa infratora;
- c) Projeções financeiras para os dois anos seguintes;

22 Trecho extraído da decisão da Comissão Europeia, no precedente AT.39092 (“*bathroom, fittings and fixtures*”), Masco Corp. et al., C(2010) 4185 final, 23.06.2010, p. 336 (§1325) e no precedente AT.39965 (“*Mushrooms*”), Op. cit., p. 30 (§156): “*The Commission takes into account and relies upon a number of financial ratios measuring the solidity (in this case, the proportion which the expected fine would represent of the undertakings’ equity and assets), profitability, solvency and liquidity, all of which are commonly used when evaluating risks of bankruptcy.*” Tradução livre: “*A Comissão Europeia leva em consideração e se baseia em diversos índices financeiros que medem a solidez (no caso, a proporção da coima esperada em relação aos ativos e patrimônio líquido da empresa), rentabilidade, solvência e liquidez da empresa, que consistem nos parâmetros usualmente utilizados para analisar o risco de falência de uma empresa.*”

23 Formulário padrão disponível em <<https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/itp-2015questionnaire.pdf>>.

- d) Cópias de contratos firmados entre a companhia e instituições financeiras, em especial, qualquer contrato de garantia, empréstimo financeiro, abertura de crédito ou adiantamento de pagamentos;
- e) Documentos de distribuição de dividendos aos acionistas;
- f) Protesto de títulos e outros documentos indicativos da solvência da companhia;
- g) Efeitos do contexto social e econômico específico do setor onde a companhia atua sobre sua situação financeira individual;
- h) Resumo de instrumentos de financiamento que integrantes do grupo econômico da empresa infratora possui com instituições financeiras;
- i) Relatórios de auditorias de agências de *rating* sobre a empresa infratora, se houver;
- j) Proporção (*ratio*) entre o patrimônio da empresa e seu passivo no escopo temporal de três semanas<sup>24</sup>.

Embora permitam melhor investigação da real situação econômica da empresa, esses parâmetros documentais mostram que analisar um argumento de defesa sobre a incapacidade de pagamento do infrator tem alto custo de *enforcement* da agência, pois trata de análise complexa e trabalhosa. Por isso, para prevenir o dispêndio desarrazoado de recursos públicos, a admissibilidade de argumentos de *inability to pay* deve sempre contar com um critério de razoabilidade da agência.

Além dos precedentes tratados acima, a doutrina internacional também pormenoriza o método de averiguação da situação econômica do infrator, para fins de dosimetria da coima. Embora apenas de cunho doutrinário, a situação econômica do representado pode servir de critério de redução da coima com base em três fatores: (i) incapacidade de pagamento, (ii) desvalorização total de ativos e (iii) inviabilização de sua atividade econômica. Não pretendemos entrar nas minúcias desta diferenciação, mas vale mencioná-la, para que possamos demonstrar quão específica é a prática internacional neste tema, em comparação com a prática brasileira.

O critério de dosimetria da coima baseado na situação econômico-financeira do representado é conhecido, genericamente, pelo termo “*ability to pay*”. No entanto, houve ocasiões em que, para analisar esta “capacidade de

---

24 Especificamente, o cálculo é a divisão de “*cash + cash equivalent + expected incoming payments in the upcoming 3 weeks*” por “*payments due immediately + payments due in the upcoming 3 weeks*”, conforme item 8 do questionário para requerimento de revisão de coima por incapacidade de pagamento.

pagamento”, recorreu-se à análise dos ativos do sancionado, como no caso AT.39965 (“*Mushrooms*”), da Comissão Europeia<sup>25</sup>. Se o valor da coima implicar na desvalorização total dos ativos do representado, tal coima deve ser reduzida<sup>26</sup>.

O outro fator que foi cogitado, internacionalmente, para aferir a situação econômica do infrator é a viabilidade da atividade econômica. Apesar de não haver uma conceituação muito clara do que isto seja, considera-se inviabilizada a atividade econômica do agente quando este carece do mínimo de reserva de capital para se manter competitivo perante seus concorrentes<sup>27</sup>. Se a coima prejudicar esta viabilidade, dá-se ensejo à redução de seu valor com base na situação econômico-financeira do infrator.

Em suma, nota-se que a prática europeia é consideravelmente mais detalhada, nos aspectos metodológicos de aferir a situação econômica do infrator, do que a jurisprudência do CADE. Mesmo assim, o sistema europeu, conhecido por elevadas condenações pela Comissão Europeia, não padece de excesso de complexidade ou de custo de enforcement na avaliação da tese de situação econômica da empresa<sup>28</sup>, demonstrando que a adoção de critérios análogos pelo CADE não inviabilizaria ou prejudicaria a política concorrencial brasileira.

25 Trecho da decisão: “*The Commission also assesses (...) the situation of their assets*” Tradução livre: “*A Comissão também avalia (...) a situação de seus ativos.*”

26 Vale ressaltar que, na jurisprudência e doutrina nacional e internacional, não há especificação do que exatamente seja “desvalorização total de ativos”, abrindo margem para debate jurídico a partir de conceitos econômico-financeiros.

27 Trecho do artigo Farber *et. al.* (2017: 96): “*In determining the peer group [of similarly situated companies] against which the company should be compared, the analyst must identify rivals that are the greatest competitive threats to the company’s survival, and show that insufficient cash reserves to compete against these threats could jeopardize the company’s continued viability. In developing the peer group, the analyst must further consider a comparable company’s customer base, sales volume, liquidity, and input from management.*” Tradução livre: “*Ao delimitar o grupo de empresas financeiramente semelhantes em relação às quais a companhia infratora deva ser comparada, o analista deve identificar concorrentes que são a maior ameaça competitiva à continuidade da companhia, e demonstrar que a insuficiência de reserva de capital para competir contra estas ameaças pode prejudicar a viabilidade da companhia. Ao desenvolver o grupo de empresas semelhantes, o analista deve considerar a clientela, volume de vendas, liquidez e insumos de uma empresa comparável.*”

28 Como anunciado pela Comissão Europeia, a análise da situação econômica do infrator envolve diversos aspectos da empresa, mas visa ser o mais objetivo e quantificável possível para assegurar a dissuasão da pena e isonomia perante outros condenados. Nesse sentido, Comissão Europeia, 2011: “*The analysis looks in detail at various company-specific factors, and aims to be as objective and quantifiable as possible to ensure equal treatment and maintain deterrence.*”

#### 4. POSSÍVEIS APRIMORAMENTOS

Com base na diferença exposta acima, entre a jurisprudência do CADE e a jurisprudência internacional, há alguns pontos que merecem ser melhor debatidos e refletidos, para possível aprimoramento da jurisprudência do CADE.

Sob uma perspectiva de política de defesa da concorrência, conforme diretrizes expostas na seção introdutória, reduzir coimas com base na situação econômica do infrator não pode ser regra, em razão do risco de tornar as sanções antitruste pouco dissuasórias e, portanto, a conduta anticompetitiva mais benéfica que o risco de condenação, levando à conhecida redução do bem-estar do consumidor (Kienapfel & Wils, 2010: 03).

No entanto, o CADE deve zelar pela proporcionalidade das sanções impostas, sob pena de causar sérias distorções à concorrência que cabe ao mesmo órgão tutelar. Este limite da atividade sancionatória da autoridade antitruste foi, também, defendido pelo Advogado-Geral Geelhoed, no caso *Showa Denko v. Commission*, do Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como pelos autores Combe e Monnier (2009: 30), segundo os quais:

“O risco é que empresas possam ser retiradas do mercado e levadas à falência, com o resultando sendo, em última instância, a exclusão de concorrentes, implicando em ainda menos concorrência no mercado.”<sup>29</sup>

Considerando as reflexões acima, algumas sugestões merecem ser feitas, como possíveis formas de aprimoramento da abordagem do CADE sobre este assunto. Primeiramente, valeria, ao CADE recorrer à jurisprudência internacional e utilizar critérios de aferição da situação econômica do infrator adotados por autoridades antitruste estrangeiras. Isto levaria a análises de situação econômica menos superficiais e mais técnicas e concretas. O uso de critérios técnicos que vão além da decretação de falência ou do estado de recuperação judicial permitiria uma política de defesa da concorrência mais condizente com os objetivos do direito concorrencial brasileiro. Além disso, o uso de critérios mais precisos reduziria o dilema entre riscos de *overenforcement* e *underenforcement* (i.e., entre condenar excessivamente e condenar insuficientemente).

Outra sugestão é a elaboração e a adoção de um guia de dosimetria e aplicação de sanções pelo CADE. Isso seria altamente contributivo ao dia-a-dia

29 Tradução livre do trecho: “The risk is that firms could be driven out of the market and could get bankrupt, the result being in last resort the exclusion of competitors implying even less competition.”

da autarquia, conforme apontou o Conselheiro João Paulo Resende, no julgamento do Cartel das Embalagens Plásticas<sup>30</sup>. O uso de um guia na forma de documento institucional orientador traria maior transparência na mudança de um entendimento jurisprudencial já consolidado na agência e contribuiria para maior homogeneidade entre os conselheiros do CADE, considerando que a admissão de critérios alternativos à mera avaliação de falência ou recuperação judicial pode trazer insegurança jurídica devido à variedade e complexidade de critérios de análise da situação econômica de uma empresa.

Por fim, sugerimos, também, que, após a decisão final condenatória do Tribunal Administrativo, a atuação do CADE não se limite ao monitoramento do cumprimento da sanção para fim de eventual ajuizamento de execução fiscal, em caso de não pagamento da coima. Após a decisão final de condenação, seria oportuno, ao CADE e ao condenado, manter a possibilidade de revisão da coima ainda na esfera administrativa, em caso de incapacidade superveniente de pagar a coima que lhe fora imposta.

Assim, evitar-se-iam litígios judiciais custosos à Administração e ineficientes aos condenados, dada a necessidade de garantia do juízo<sup>31</sup>, a qual o CADE ordinariamente pretende seja prestada mediante depósito em dinheiro, que, muitas vezes, as empresas não têm condições de realizar, justamente por estarem em má situação econômica.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os países do chamado “Sul global”, que contempla a maioria dos países em desenvolvimento e agências recentes de defesa da concorrência, a autoridade brasileira (CADE) possui destacada experiência na repressão de infrações anticompetitivas, especialmente cartéis. Nessa experiência, conforme jurisprudência analisada na seção 2 deste trabalho, o CADE possui alguns precedentes de análise de pedidos de revisão de coimas pela situação econômica do infrator.

Nesses precedentes, o CADE estabeleceu que (i) tal revisão pode ocorrer apenas em situações excepcionais, sendo um argumento pouco acolhido pelos conselheiros da agência, e (ii) o critério para aferição de incapacidade de pagamento da coima é a situação de falência ou recuperação judicial da

---

30 Vide nota de rodapé n.º 17 supra.

31 Vide art. 98 da Lei n.º 12.529/11.

empresa condenada, de modo a assegurar segurança jurídica e prevenir discussões mais complexas sobre método de análise de sua situação econômica.

No entanto, a despeito da importância de condenações exemplares para fins dissuasórios e do aumento de custo de *enforcement* decorrente de análises mais aprofundadas da situação econômica da empresa, a expansão das hipóteses de revisão da multa para além das situações de falência e recuperação judicial pode ser uma mudança jurisprudencial oportuna ao CADE, como demonstra a experiência europeia descrita na seção 3.

Para concretizar essa mudança, na seção 4, sugeriu-se possíveis caminhos orientados por boas práticas de governança pública, que incluem recorrer à experiência de agências concorrenciais no estrangeiro como parâmetro de *benchmarking* internacional, adoção de guia de dosimetria de sanções e monitoramento contínuo da situação econômica da empresa durante a execução da coima para evitar desdobramentos judiciais morosos e custosos ao mercado e à Administração Pública.

Por fim, ressalta-se que este artigo não visou esgotar o debate a respeito dos melhores critérios a serem adotados pela autoridade da concorrência para a avaliação de *inability to pay* de empresas condenadas, pois outras perspectivas, em especial aquelas do ramo de finanças e economia, podem contribuir para este campo de estudo sobre efeitos e dosimetria de sanções concorrenciais.

**BIBLIOGRAFIA**

- CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- 2015 Processo Administrativo n.º 08012.000377/2004–73, Rel. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, Representados: Clínica Santa Cecília Ltda. e outros. Diário Oficial da União: 25.08.2015
- 2017 Processo administrativo n.º 08012.006130/2006–22, Rel. Conselheiro Paulo Burnier. Representados: Álamo Engenharia S.A. e outros. Diário Oficial da União: 24.10.2017
- 2017 Processo administrativo n.º 08012.007155/2008–13, Rel. Conselheira Cristiane Alkmin. Representados: Associação dos Centros Comerciais Atacadistas de Santa Catarina (ACECOMVI) e outro. Diário Oficial da União: 19.12.2017
- 2018 Processo administrativo n.º 08012.002812/2010–42, Rel. Conselheira Cristiane Alkmin. Representados: Beira Mar Participações S.A. e outros. Diário Oficial da União: 19.06.2018
- 2018 Processo administrativo n.º 08012.004674/2006–50, Rel. Conselheiro João Paulo de Resende. Representados: Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis (ABIEF) e outros. Diário Oficial da União: 28.08.2018
- 2021 Processo Administrativo n.º 08700.004455/2016–94, Rel. Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann. Representados: Comercial Armarinho Oliveira Ltda. ME e outros. Diário Oficial da União: 25.08.2021
- 2021 Processo Administrativo n.º 08700.003340/2017–63, Rel. Conselheiro Sergio Ravagnani. Representados: Affinia Automotive Ltda. e outros. Diário Oficial da União: 26.10.2021
- 2021 Processo Administrativo n.º 08700.006005/2019–89, Rel. Conselheira Paula Farani. Representados: Parker Hannifin Indústria e Comércio Ltda e Rogério Rocha. Diário Oficial da União: 27.10.2021
- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo
- 2018 “O critério de dosimetria aplicada aos cartéis: o exemplo do cartel no mercado de Gas Insulated Switchgear”, in *Revista de Defesa da Concorrência – RDC*, vol. 06, n.º 01, pp. 88-119, disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/407/195> [consultado em: 05.03.2023]
- 2019 “O critério de fixação de multas aplicadas aos cartéis conforme a Lei 12.529/2011: uma análise crítica”, in *Revista de Defesa da Concorrência – RDC*, vol. 07, n. 01, pp. 203-216, disponível em <https://revista.cade.gov>.

br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/341 [consultado em: 13.04.2023]

COMBE, Emmanuel & MONNIER, Constance

2009 *Fines against hard core cartels in Europe: the myth of over enforcement*, Cahiers de Recherche PRISM–Sorbonne Working Papers, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1431644](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431644) [consultado em: 02.10.2018]

COMISSÃO EUROPEIA

2006 *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003*. Official Journal of the European Union, C 210/2, 01.09.2006, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN) [consultado em: 05.03.2023]

2011 *Fines for breaking EU Competition Law – Factsheet*, disponível em [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/85df68c6-a8db-4662-b988-08e3287a1936\\_en?filename=factsheet\\_fines\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/85df68c6-a8db-4662-b988-08e3287a1936_en?filename=factsheet_fines_en.pdf)

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

2003 *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*, Jornal Oficial n.º L 001 de 04.01.2003 pp. 1-25

FARBER, Seth; LITVAK, Jeff; IHNOW, Geoffrey & DUXSTAD, Lauren

2017 “Criminal antitrust fines and penalties: reductions based on ability to pay”, in *Antitrust*, vol. 31, n.º 02, pp. 94-100, disponível em: <https://www.fticonsulting.com/~media/Files/us-files/insights/articles/criminal-anti-trust-fines-and-penalties.pdf> [consultado em: 05.03.2023]

FAVORETTO ROCHA, Daniel

2021 “The Extraterritoriality of European Competition Law Under a Brazilian Perspective”, in Rodrigues, Nuno Cunha (ed.), *Extraterritoriality of EU Economic Law*, Springer, pp. 149-172

FORRESTER, Ian S.

2016 “To seek leniency or not to seek leniency: that is the general counsel’s question”, in Rodas, João Grandino & Carvalho, Vinícius Marques de (ed.), *Compliance e concorrência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 169-182

ICN – INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

2017 *Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions*, disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG\\_SettingFines.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_SettingFines.pdf) [consultado em: 05.03.2023]

KIENAPFEL, Philip & WILS, Geert

2010 Inability to pay: first cases and practical experiences. In *Competition Policy Newsletter*, n.º 03, pp. 03-07. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2010\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2010_3.pdf) [consultado em: 05.03.2023]

SALGADO, Lucia Helena.

2022 “Avaliando a eficácia da política brasileira de combate aos cartéis: dissuasão ou promoção?” in *Revista de Defesa da Concorrência – RDC*, vol. 10, n.º 01, pp. 7-29, disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/994> [consultado em: 05.03.2023]

WATANABE, Doshin

2017 “Interpretação e aplicação dos critérios para fixação das multas às infrações econômicas”, in *Revista de Defesa da Concorrência – RDC*, vol. 05, n.º 01, pp. 178-204, disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/324/157> [consultado em: 05.03.2023]

### **Jurisprudência UE & Prática Decisória**

Conclusões do Advogado-Geral de 19.01.2006, *Showa Denko v. Commission*” C–289/04 P, ECLI:EU:C:2006:52

2008 Decisão (CE) de 11.03.2008, AT.38543 – *International Removal Services*

2009 Decisão (CE) de 11.11.2009, AT.38589 – *Heat Stabilisers*

2010 Decisão (CE) de 23.06.2010, AT.39092 – *Bathrooms Fittings and Fixtures*

2010 Decisão (CE) de 30.06.2010, AT.38344 – *Prestressing Steel*

2010 Decisão (CE) de 20.07.2010, AT.38866 – *Animal Feed Phosphates*

# A REGULAÇÃO DO SECTOR DO PETRÓLEO EM MOÇAMBIQUE: O DILEMA ENTRE O INSTITUTO NACIONAL DE PETRÓLEO E A ALTA AUTORIDADE DA INDÚSTRIA EXTRATIVA

*Edson da Graça Francisco Macuácuá<sup>1</sup>, Noé José Penete<sup>2</sup>*

**ABSTRACT** *This scientific article on the theme “The Regulation of the Oil Sector in Mozambique: the dilemma between the INP and the High Authority of the Extractive Industry” presents a reflection and the main research results on the problem and the dilemma that arises around the National Petroleum Institute, which is the current regulator of the oil sector and the High Authority for the Extractive Industry, which despite its legal provision, has not yet been materially created, which raises and raises some doubts regarding its legal nature, one that under the terms of the Petroleum Law its action will also focus on the control of petroleum activities, a fact that in a preliminary view there seems to be an overlap in terms of competences and powers with other existing institutions, mainly the National Petroleum Institute. Thus, throughout the article, some proposals are presented for a better legal framework and the indispensability of installing the High Authority for Extractive Industry, as we assume that this entity, unlike the National Petroleum Institute, when duly and legally framed, dealing with only specific and non-generic aspects, it may become the necessary regulator for the oil sector, in particular, and for the extractive industry, in general, giving it greater and true independence from the public power, endowed with capacities and mechanisms of public and non-political investigation, inspection and monitoring.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. Conceito de Regulação. 2.1 Importância da Regulação. 3. Enquadramento Constitucional e Legal da Regulação em Moçambique. 4. Instituto Nacional de Petróleo (INP) Enquanto Entidade Reguladora. 4.1 Natureza jurídica do Instituto Nacional de Petróleo. 4.2 Atribuições e competências do Instituto Nacional de Petróleo – INP. 4.3 Análise crítica a sua natureza jurídica: Será que o INP é o regulador necessário para o sector petrolífero? 4.4 Por que razões o INP está longe de ser um regulador necessário para o sector petrolífero? 5. Do Descompasso do INP e a busca por

---

1 Pós-Doutorando em Direito; Doutor em Direito; Doutor em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano; Vice-Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior; Docente Universitário e Advogado.

2 Mestrando em Direito Administrativo. Licenciado em Direito. Conservador e Notário Superior em exercício.

uma verdadeira Autoridade Reguladora para o Sector Petrolífero: O dilema entre o INP e a Instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique. 5.1 Situação actual da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique. 5.2 Do dilema entre a Alta Autoridade da Indústria Extrativa VS Instituto Nacional de Petróleo enquanto regulador do sector petrolífero. a) Elementos suscitadores de dúvidas. b) Natureza jurídica da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique: Proposta para seu enquadramento legal. c) Constrangimentos da não instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa. 6. Do Direito Comparado: Experiências de Criação de Entidades Similares. 7. Nosso Posicionamento. 8. Considerações Finais e Sugestões. 9. Bibliografia.

**KEYWORDS** Regulation. Petroleum Sector. High Authority for the Extractive Industry. National Petroleum Institute.

## 1. INTRODUÇÃO

O Instituto Nacional de Petróleo, criado pelo Decreto n.º 25/2004 de 20 de agosto, é a actual entidade reguladora do sector petrolífero, cuja natureza jurídica traduz-se como sendo uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial, tutelado pelo Ministério que superintende às actividades petrolíferas, conforme prevê o artigo 22 da Lei 21/2014, de 18 de agosto – Lei de Petróleos. Na mesma lei, mormente no seu artigo 23, estabelece que a Alta Autoridade da Indústria Extrativa exerce a sua acção no controlo das actividades petrolíferas, e que nos termos da Lei n.º 20/2014, de 18 de agosto – Lei de Minas, no seu artigo 25 impunha um prazo de 12 meses para a sua instalação, o que não foi respeitado.

Neste contexto, face a previsão legal da Alta Autoridade da Indústria Extrativa e a existência da actual entidade reguladora do sector petrolífero, com competências a atribuições definidas por lei, levanta-se e suscita-se algumas dúvidas no que diz respeito a natureza jurídica desta Autoridade, uma vez que nos termos da Lei de Petróleos a sua acção também vai incidir no controlo das actividades petrolíferas, facto que numa visão preliminar parece existir uma sobreposição em termos de competências e poderes com outras instituições já existentes, mormente, o Instituto Nacional de Petróleo.

É nesta perspectiva que ao longo do presente artigo serão abordados o dilema existente entre estas duas “entidades e/ou autoridade” e apresentadas várias questões e críticas sobre o actual figurino do Instituto Nacional de Petróleo, propondo a revisão das suas competências e, por conseguinte, a necessidade de criação de uma Autoridade Reguladora verdadeiramente

independente, com melhor enquadramento legal, que o confira maior independência perante o poder público, quer em termos de competências, âmbito, funções, composição, mecanismos de designação dos seus membros (baseada na competência profissional), diferentemente do que sucede no Instituto Nacional de Petróleo, pressupondo assim a indispensabilidade da instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa.

## 2. CONCEITO DE REGULAÇÃO

Num sentido restrito, Sanches (2000)<sup>3</sup> ensina que a regulação é a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas actividades, ou seja, é um acesso especial a determinados bens (exercício de algumas actividades comerciais, por exemplo). Por assim dizer, a regulação é a negação da mão invisível de autorregulação do mercado, ou seja, uma afirmação da mão confiscadora do Estado, que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na sociedade.

Mais ainda, nessa direcção, Pessoa (2004)<sup>4</sup> propõe uma concepção mais ampla de regulação no âmbito jurídico. Trata-se de definir a regulação não apenas como correcção de distorções do mercado, mas como um instrumento político fundamental, de carácter social.

Canotilho (2009)<sup>5</sup> ensina que o termo regulação difundiu-se, porém, corretamente numa acção mais restrita, que associa à institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e para dirimir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente sensíveis.

Face a estas abordagens conceptuais, concordamos com o posicionamento de Alex Afonso (2014)<sup>6</sup>, relativamente ao principal alvo da regulação, onde segundo este, na prática, o alvo da regulação é seguramente o consumidor final, a este deve ser assegurado um produto final digno da expectativa à volta do seu investimento quer se trate do recurso a determinados serviços quer se trate da obrigação subjacente à prestação de um serviço público, não podendo a assimetria de informação (dissidência regulado e regulador) pôr em causa esse direito.

---

3 Sanches, 2000:5-22.

4 Pessoa, 2004.

5 Canotilho, 2009:99, citado por Macuácuca, 2019:93.

6 Afonso, 2014:33, citado por Macuácuca, 2019:97.

Por isso mesmo, em nosso entender, concluímos que quando se trata e fala de Regulação, ela diz respeito a todo o tipo de intervenção que o Estado faz na actividade económica pública e privada para controlar e orientar o mercado assim como para proteger o interesse público, actividade atribuída ao órgão regulador.

## 2.1 Importância da Regulação

A função do Estado regulador concretiza, mediante o exercício de competências de supervisão e regulação, uma «*presença pública indirecta na economia*», e implica a assunção de um dever público de vigilância e garantia do desenvolvimento crescentemente privatizado das actividades económicas na “*sociedade de risco*”.<sup>7</sup>

O exercício da regulação pelo Estado traduz-se, assim, no estabelecimento de regras gerais e abstratas de modo economicamente ordenado, com o intuito de reforçar ou controlar a livre concorrência, compreendendo um variado leque de poderes, que se poderão agrupar em:

- i. *Poderes de informação e acompanhamento*, cujo objetivo é o de o regulador se inteirar das situações que caem sob a sua alçada, acompanhando o desempenho das entidades reguladas e efetuando uma verificação prévia da informação a ser dirigida ao público;
- ii. *Poderes normativos*, ao abrigo dos quais o regulador emite regras gerais e abstratas para o sector regulado;
- iii. *Poderes de decisão concreta*, nos quais se incluem os poderes do regulador de atribuir autorizações e licenças, de manter registos, etc.;
- iv. *Poderes de fiscalização concreta*, através dos quais o regulador verifica a observância daquilo que tenha sido por si determinado; e
- v. *Poderes sancionatórios*, através dos quais o regulador exerce as suas funções de prevenção e retribuição de violações perpetradas pelas entidades reguladas.<sup>8</sup>

Neste contexto, como nos referimos anteriormente, a regulação pelo Estado é de extrema importância quando olhado ao seu alvo principal, o consumidor final, pois a este deve ser assegurado um produto final digno da expectativa à volta do seu investimento quer se trate do recurso a determinados serviços

7 Figueiredo, 2006, citado por Macuacua & Gonçalves, 2021:42.

8 Cordeiro, 2006:739 e ss, citado por Macuácuca, & Gonçalves, 2021:42.

quer se trate da obrigação subjacente à prestação de um serviço público, sem prejuízo da observância daquilo que tenha sido determinado pelo regulador.

### 3. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA REGULAÇÃO EM MOÇAMBIQUE

Ao abordar a temática relativa ao enquadramento constitucional da regulação em Moçambique, Edson Macuácuca (2019)<sup>9</sup> remete-nos primeiramente ao número 1 do artigo 249 da Constituição da República, onde no capítulo concernente a Administração Pública estabelece que a administração pública se estrutura com base no princípio da descentralização<sup>10</sup> e desconcentração<sup>11</sup>, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo.

Segundo o mesmo autor<sup>12</sup>, face a disposição do número 2 do artigo 249 da Constituição da República, encontra-se algum fundamento constitucional para a existência de outras pessoas colectivas distintas do Estado-Administração, dotadas de personalidade jurídica distinta do Estado, capacidade jurídica própria, com autonomia administrativa, patrimonial e financeira, embora que no mesmo contexto não tenha sido previsto expressamente a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes, ao que sucede com a Comissão Nacional de Eleições<sup>13</sup> e do Provedor de Justiça<sup>14</sup>, pelo que o autor sugere a previsão expressa pela Constituição da República a criação de entidades administrativas independentes, definindo em termos gerais a sua natureza jurídica.

---

9 Macuácuca, 2019:126.

10 Descentralização pressupõe distribuir competências ou seu exercício entre entidades com personalidade jurídica própria. Aliás, nos termos da Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, é o processo de criação pelo Estado de pessoas colectivas públicas menores, o que implica que a prossecução do interesse geral possa ser encarregue a outras pessoas colectivas públicas diferentes do Estado-Administração.

11 A desconcentração ocorre quando as atribuições são divididas entre órgãos públicos pertencente a uma única pessoa jurídica, mantendo-se a vinculação hierárquica, e de acordo com a Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, este princípio determina a transferência ordinária ou delegação de poderes dos órgãos superiores da hierarquia da Administração Pública para os órgãos locais do Estado ou para os funcionários e agentes subordinados.

12 Macuácuca, 2019:127.

13 Nos termos do número 3 do artigo 135 da Constituição da República.

14 Nos termos do número 1 do artigo 257 da Constituição da República.

Concordando com o autor em referência, relativamente a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes, é nosso entender ser uma matéria de extrema importância, principalmente para o sector de petróleos, quando nos últimos tempos discute-se bastante a questão da tributação no negócio do petróleo em Moçambique, os ganhos não vão ao encontro do que realmente é produzido, daí a necessidade de existência de uma entidade verdadeiramente independente, fora de qualquer tipo ou natureza de interferência. Sobre esta temática, discutiremos nos próximos capítulos.

Ainda na senda da regulação, relativamente ao seu enquadramento legal, o mesmo autor faz referência a Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, onde no seu capítulo VIII, mormente no artigo 67, define as espécies de descentralização, designadamente: as autarquias locais, a administração indirecta do Estado, instituições públicas do ensino superior, associações públicas, onde a administração indirecta do Estado compreende o Banco de Moçambique, os institutos públicos, as fundações públicas, os fundos e o sector empresarial do Estado, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, da lei em alusão.<sup>15</sup>

#### 4. INSTITUTO NACIONAL DE PETRÓLEOS (INP) ENQUANTO ENTIDADE REGULADORA

##### 4.1 Natureza jurídica do Instituto Nacional de Petróleo

O Instituto Nacional de Petróleo foi criado pelo Conselho de Ministros ao abrigo do Decreto n.º 25/2004 de 20 de agosto, como entidade reguladora.

Nos termos da Lei de Petróleos<sup>16</sup>, a sua natureza jurídica traduz-se como sendo uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial é tutelado pelo Ministério que superintende às actividades petrolíferas.

Outrossim, o Instituto Nacional de Petróleos é a entidade reguladora responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas, sob tutela do Ministério que superintende a área de petróleos e de gás, responsável pelas directrizes para participação do sector público e privado na pesquisa, exploração dos produtos petrolíferos e seus derivados.

---

15 Macuácuá, 2019:128

16 Vide o artigo 22 da Lei n.º 21/2014, de 18 de agosto.

#### 4.2 Atribuições e competências do Instituto Nacional de Petróleo – INP

As atribuições e competências do Instituto Nacional de Petróleos, no âmbito da gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos, âmbito das actividades de pesquisa, das actividades de pesquisa, de desenvolvimento, produção e transporte de petróleo, salvaguarda dos interesses dos operadores e no âmbito da administração, fiscalização e regulação, resultam dos artigos 3 e 4 do Decreto n.º 25/2005, de 20 de agosto, conforme se descreve abaixo.

Para a prossecução dos seus objectivos, o Instituto Nacional de Petróleos – INP tem as seguintes atribuições<sup>17</sup>:

- a) Regulação e fiscalização da actividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes as operações petrolíferas;
- b) Preservação do interesse público e do meio ambiente estabelecendo as necessárias condições técnicas, económicas e ambientais, promovendo a adopção de práticas que estimulem a utilização eficiente dos recursos e a existência de padrões adequados de qualidade dos serviços e de defesa do meio ambiente;
- c) Organização, manutenção e consolidação do acervo das informações e dados técnicos relativos as actividades da indústria de petróleo, das reservas nacionais de petróleo e da informação produzida;
- d) Mediação, conciliação e arbitragem, quando lhe seja solicitada, devendo proceder de conformidade com o acordado pelas partes e com a legislação em vigor.

Ademais, no que concerne às suas competências, no âmbito da gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos<sup>18</sup>, compete a esta entidade:

- a) Organizar a recepção, classificação e preservação de toda a documentação, amostras e dados técnicos obtidos através da realização de operações petrolíferas;
- b) Administrar e manter disponíveis os dados técnicos sobre as bacias sedimentares de Moçambique para a avaliação de áreas prospectivas;
- c) Receber e compilar as informações sobre a produção e cálculos de reservas de petróleo;

<sup>17</sup> Vide o artigo 3 do Decreto 25/2004, de 20 de agosto.

<sup>18</sup> *Ibidem*, número 1, artigo 4.

- d) Acompanhar a evolução-tecnológica dos equipamentos e métodos aplicados a gestão de informações e dados técnicos relativos as operações petrolíferas;
- e) Promover estudos visando a delimitação de blocos para efeitos de operações petrolíferas e serviços de geologia e geofísica aplicados e actividade petrolífera;
- f) Elaborar propostas e critérios para a disponibilização de dados aos interessados.

No âmbito das actividades de pesquisa, compete ao INP<sup>19</sup>:

- a) Avaliar e actualizar o conhecimento do potencial petrolífero em território nacional;
- b) Desenvolver acções de promoção ao investimento na prospecção e pesquisa de petróleo;
- c) Participar da definição de áreas de contrato, obrigações mínimas de trabalho e de despesas a negociar no âmbito dos contratos de concessão;
- d) Supervisar a realização das actividades de prospecção e pesquisa e o cumprimento das obrigações de trabalho dos titulares de contratos de concessão.

No âmbito das actividades de pesquisa, de desenvolvimento, produção e transporte de petróleo, compete ao INP<sup>20</sup>:

- a) Realizar estudos do desenvolvimento do sector do petróleo;
- b) Analisar e emitir pareceres sobre os planos de desenvolvimento e planos de desmobilização submetidos pelos operadores;
- c) Analisar os relatórios submetidos pelos operadores no âmbito das suas actividades;
- d) Assegurar que as operações petrolíferas sejam realizadas de acordo com a legislação e com os planos de desenvolvimento aprovados;
- e) Assegurar que as instalações são projetadas e construídas de acordo com os requisitos da legislação aplicável as operações petrolíferas;
- f) Autorizar a construção e entrada em operação de instalações;

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, número 2.

<sup>20</sup> *Ibidem*, número 3.

- g) Inspeccionar regularmente o equipamento e o método de medição de petróleo usado pelos operadores;
- h) Controlar as quantidades de gás natural a ser queimado pelos operadores e assegurar que as mesmas estejam devidamente autorizadas nos termos da legislação;
- i) Zelar pelo cumprimento por parte dos operadores dos requisitos de emergência e contingência, segurança e protecção ao meio ambiente;
- j) Promover e divulgar novas tecnologias que garantam a melhor exploração e aproveitamento dos recursos naturais inerentes ao sector do petróleo.

De igual modo, no âmbito da salvaguarda dos interesses dos operadores<sup>21</sup>, compete-lhe o seguinte:

- c) Estabelecer um processo de tramitação transparente, não-discriminatório e imparcial, para a resolução de litígios entre os agentes económicos e terceiros no que diz respeito a assuntos da sua competência, incluindo assuntos relacionados com o acesso de terceiros ao gasoduto e oleoduto;
- b) Manter ligação com associações de operadores e empreender estudos e análises que se repute de interesse;
- c) Fornecer, sempre que necessário, a informação de interesse público, exceto se tal carecer de tratamento confidencial;
- d) Promover a cooperação com organismos similares internacionais, com vista a prossecução dos objectivos de interesse comum.

No âmbito da administração, fiscalização e regulação, compete:

- a) Estabelecer normas e procedimentos no âmbito das suas competências;
- b) Conduzir o processo de atribuição de direitos de pesquisa, produção, desenvolvimento e transporte de petróleo;
- c) Proceder a normalização, aprovação e homologação dos equipamentos a serem utilizados nas operações inerentes ao sector do petróleo;
- d) Propor os projectos de diplomas legais necessários ao funcionamento do sector de petróleo, bem como dar parecer sobre projectos de legislação e regulamentação propostos para outros organismos ou entidades;

---

21 *Ibidem*, número 4.

- e) Regular as actividades relativas as operações petrolíferas de modo a garantir que sejam desenvolvidas de forma a melhor servir e contribuir para a desenvolvimento económico e social do país;
- f) Promover a livre concorrência, prevenir e tomar medidas necessários contra práticas anti concorrenciais e abusos de posição dominante;
- g) Implementar na sua esfera de atribuições a política nacional do sector de petróleo;
- h) Preparar e realizar concursos públicos para atribuição de concessões e celebração de outros contratos inerentes as operações petrolíferas;
- i) Emitir pareceres sobre a atribuição, renovação e alteração de concessões para a operação dos recursos petrolíferos;
- j) Fiscalizar a qualidade dos serviços prestados pelos agentes económicos envolvidos nas operações petrolíferas;
- k) Fiscalizar o cumprimento dos termos e obrigações emergentes dos contratos de concessão, bem como a observância das disposições legais e regulamentares aplicáveis;
- l) Proceder a divulgação do quadro regulamentar em vigor, na esfera da sua competência e dos direitos e obrigações dos operadores;
- m) Desenvolver as acções necessárias tendentes a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação e servidão administrativa das áreas para realização de operações petrolíferas;
- n) Fiscalizar e supervisionar a actividade dos agentes económicos envolvidos nas operações petrolíferas e no cumprimento das respectivas disposições legais e regulamentares, bem como a aplicação das correspondentes sanções.

Por outro lado, também são conferido ao Instituto Nacional de Petróleos poderes de inspeção, competindo a este inspecionar os locais, edifícios e instalações onde se realizem operações petrolíferas, devendo ainda observar a execução das operações petrolíferas e inspecionar todos os bens, registos e dados na posse do operador.<sup>22</sup> Mais do que apenas inspecionar, lhe é conferido a prerrogativa de propor o cancelamento ou alteração das concessões ou de outros contratos, em função do resultado destas inspeções.<sup>23</sup>

---

22 Vide o artigo 5 do Decreto n.º 25/2005, de 20 de agosto.

23 *Ibidem*.

### 4.3 Análise crítica a sua natureza jurídica: Será que o INP é o regulador necessário para o sector petrolífero?

Da análise e leitura feita à natureza jurídica do Instituto Nacional de Petróleos nota-se, até certo ponto, que a entidade em estudo está muito longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero. O que se pretende para o sector de petróleos é uma verdadeira Autoridade Reguladora Independente e com poderes de supervisão para garantir que os ganhos para o Estado sejam maximizados, através de uma avaliação adequada e isenta das operações das empresas que exploram recursos petrolíferos no país.

Por outro lado, atento à forma como o Instituto Nacional de Petróleos está concebido no momento, a sua independência é claramente nominal, do que resultam acções excessivamente limitadas. Aliás, como muito bem descreve o Centro de Integridade Pública (CIP):

*“Devido ao actual figurino do INP, Moçambique actualmente tem incorrido em perdas significativas de receitas, uma situação que se poderá repetir no futuro. Por exemplo, o INP está a vontade com a proposta da multinacional sul-africana para o auto-financiamento do projecto de exploração de petróleo leve e gás natural de Inhassoro e Temane, que pode facilitar o fluxo ilícito de capitais, através de fixação de taxas de juro exageradas, comparativamente às praticadas no mercado”.*<sup>24</sup>

É importante destacar que, segundo o CIP, uma Autoridade Reguladora Independente com poderes de supervisão exerce actividade administrativa de vigilância permanente de actos, pessoas e documentos, tendo em vista prevenir, detectar e perseguir ilícitos ou más práticas, remediar ou evitar perturbações e maximizar a valorização dos recursos nacionais. Ou seja, uma autêntica actividade de *intelligence* na recolha, tratamento e validação de informação.<sup>25</sup>

### 4.4 Por que razões o INP está longe de ser um regulador necessário para o sector petrolífero?

Nas secções anteriores dizíamos claramente que o actual figurino do Instituto Nacional de Petróleos está longe de ser um regulador necessário para o sector petrolífero, pois a conjuntura e as dinâmicas que o sector petrolífero está a registar reforçam a ideia e a necessidade da existência de uma Autoridade Reguladora verdadeiramente independente em Moçambique para lidar com

<sup>24</sup> Centro de Integridade Pública, 2017.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

os desafios presentes e futuros, facto que o INP está longe de o fazer. Da pesquisa, leitura e análise feita relativamente ao figurino e a natureza jurídica do Instituto Nacional de Petróleo em Moçambique<sup>26</sup>, apontamos algumas razões que fazem com que as suas acções, enquanto entidade reguladora do sector petrolífero, sejam inoperantes, nomeadamente:

- O INP está subordinado à entidade que é indigitada pelo Conselho de Ministros para assinar os contratos, qual seja o ministro que superintende a área petrolífera. Esta situação resulta, por um lado, em limitada independência e, por outro, em conflitos de interesse, na medida em que o ministro pode interferir no trabalho do INP, tendo em conta que o Governo é parte muito interessada nos projectos. E, na verdade, o INP acaba exercendo, mais, papel de assessor técnico e de consulta, quer do Ministério dos Recursos Minerais e Energia, quer do Conselho de Ministros, concretamente nas matérias ligadas ao sector petrolífero.
- Segundo, a Lei de Petróleos (Lei n.º 21/2014 de 18 de agosto), no seu artigo 22, declara o Instituto Nacional de Petróleos como entidade reguladora responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas, sob tutela do Ministério que superintende a área de petróleo e de gás, responsável pelas directrizes para participação do sector público e privado na pesquisa, exploração dos produtos petrolíferos e seus derivados.
- Além do poder sancionatório, em caso de infracções pelos operadores petrolíferos, o INP não possui poder vinculativo de facto, para, por exemplo, cancelar e/ou alterar concessões e/ou contratos, nos termos do artigo 5 do Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto. Este órgão apenas pode propor ao Governo que tal seja feito, cabendo a este (Governo) aceitar ou recusar a proposta.
- As atribuições e as competências do INP, previstas no seu Estatuto Orgânico não respondem ao que se espera de uma Autoridade Reguladora do sector petrolífero, visto que, por exemplo, na fase de pesquisa não faz uma aferição detalhada dos custos previstos, visando apurar se os mesmos são razoáveis, bem como depois de incorridos, a devida certificação para garantir que não haja inflação.
- Insuficiência de meios técnicos e humanos.

---

26 Cfr. Centro de Integridade Pública, 2017 e o Decreto n.º 25/2005, de 20 de agosto.

- Não é claro que o INP faça a certificação da qualidade do recurso que é vendido e, sobretudo, do preço de venda, que são elementos importantes de valorização dos recursos e para o cálculo da receita para o Estado.<sup>27</sup>

Diante de este cenário, para minimizar a problemática, mais do que retirar a tutela do Ministério dos Recursos Minerais e Energia, mais do que remover a possibilidade de indicação dos titulares do Conselho de Administração do INP e mais do que atribuir garantias de inamovibilidade durante a vigência do mandato aos gestores, no nosso entender, é urgente criar uma Autoridade Reguladora Independente de facto e com função de supervisão e poder vinculativo. Sobre esta temática abordaremos do capítulo que se segue.

## **5. DO DESCOMPASSO DO INP E A BUSCA POR UMA VERDADEIRA AUTORIDADE REGULADORA PARA O SECTOR PETROLÍFERO: O DILEMA ENTRE O INP E A INSTALAÇÃO DA ALTA AUTORIDADE DA INDÚSTRIA EXTRATIVA EM MOÇAMBIQUE**

### **5.1 Situação actual da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique**

O capítulo III da Lei de Petróleos faz uma referência e abordagem em torno da propriedade e, em simultâneo, sobre o controlo dos Recursos Petrolíferos.

Ao olharmos atentamente ao capítulo em alusão, nota-se claramente que a discussão sobre a propriedade dos recursos petrolíferos não se pode dissociar dos mecanismos de controlo dos mesmos e da questão da tributação, pois, para além do investimento-retorno por parte das empresas concessionadas, o Estado, que por princípio é proprietário dos recursos, deve garantir que os ganhos sejam maximizados no decurso da exploração pelas empresas.

O artigo 18 da Lei de Petróleos estabelece que os recursos petrolíferos situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva, são propriedade do Estado.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibidem*

<sup>28</sup> Vide também o número 2 do artigo 98 da Constituição da República de Moçambique.

Por via disso, a Lei insta e obriga o Governo a implementar políticas que assegurem a realização de operações petrolíferas, incluindo a formulação de regulamentos necessários para a sua aplicação.<sup>29</sup>

É para permitir o controlo dos recursos petrolíferos, o Estado cria entidades com vista a garantir a regulação do sector, sem perder de vista os ganhos que pode vir a ter com a exploração de tais recursos por via da tributação<sup>30</sup>. Dai a previsão legal do Instituto Nacional de Petróleos<sup>31</sup>, a Alta Autoridade da Indústria Extrativa<sup>32</sup> e a ENH – Empresa Nacional de Hidrocarbonetos<sup>33</sup>

Relativamente a Alta Autoridade da Indústria Extrativa, a lei estabelece que esta exerce a sua acção, no controlo das actividades petrolíferas, nos termos do artigo 23 da Lei de Petróleos.

Apesar da sua previsão legal, a Alta Autoridade da Indústria Extrativa ainda não foi instalada, ou seja, nas palavras de Edson Macuácuá<sup>34</sup>, ainda não tem as suas atribuições e competências fixadas ao nível da regulamentação. Ainda não foi aprovado pelo Conselho de Ministros o seu estatuto orgânico e, por consequência, ainda não foi materialmente criada. Ademais, é importante ainda destacar que a Alta Autoridade da Indústria Extrativa está também consagrada na Lei n.º 20/2014, de 18 de agosto – Lei de Minas, e que o seu artigo 25 impunha um prazo de 12 meses para a sua instalação, o que não foi respeitado.

Mesmo no contexto da definição dos estatutos desta entidade, sabe-se que as Organizações da Sociedade Civil foram consultadas e submeteram as suas contribuições para melhoramento da proposta do Decreto que aprova o Estatuto da Alta Autoridade da Indústria Extrativa. Mas, até ao momento, desconhece-se se as suas contribuições foram tomadas em consideração quando o processo foi levado a Conselho de Ministros, e não se percebe a razão actual do impasse que se vive<sup>35</sup>. Por outro lado, questiona-se a indispensabilidade de uma nova entidade pública, que representaria um aumento de custos no

---

29 Vide o número 1 do artigo 19 da Lei de Petróleos.

30 *Ibidem*, artigo 25.

31 *Ibidem*, artigo 22.

32 *Ibidem*, artigo 23.

33 *Ibidem*, artigo 24.

34 Macuácuá, 2019:143.

35 Plataforma da Sociedade Civil sobre Recursos Minerais e Indústria Extractiva (PIE) – Posicionamento sobre questões relativas à Indústria Extractiva em Moçambique, s/d (consultado no dia 09 de setembro de 2023).

Orçamento Geral do Estado, em vez de uma solução que tire proveito do quadro institucional já existente. O que a Plataforma da Sociedade Civil sobre Recursos Minerais e Indústria Extractiva (PIE) considera ser indispensável é a definição da instituição à qual responderá a Alta Autoridade da Indústria Extrativa, de modo a evitar possíveis conflitos de interesses e assegurar que esta tenha autonomia funcional em relação aos órgãos centrais e locais do Estado, não sendo aceitável que seja tutelada pelo Conselho de Ministros, nem por qualquer outra instituição do Governo.<sup>36</sup>

## **5.2 Do dilema entre a Alta Autoridade da Indústria Extrativa VS Instituto Nacional de Petróleo enquanto regulador do sector petrolífero**

### *a) Elementos suscitadores de dúvidas*

Referimo-nos nos parágrafos anteriores que, apesar da sua previsão legal, a Alta Autoridade da Indústria Extrativa ainda não foi instalada, sendo que a regulação do sector petrolífero é garantido pelo Instituto Nacional de Petróleos que, ao mesmo tempo, é a entidade reguladora, onde para além de regular as operações petrolíferas, propondo políticas, fazendo o licenciamento, avaliando e actualizando o potencial de recursos petrolífero no país, entre outros, esta entidade faz a monitorização e fiscalização da implementação dos projectos em sede dos contratos.

No entanto, apesar do INP ser no momento a entidade reguladora, estudos demonstram que o Instituto Nacional de Petróleos longe está em condições de fazer àquilo que se exige na fiscalização e monitoria.

Aliás, nesta mesma senda, em 2018, o então presidente da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República, Edson Macuácu, afirmou durante um Fórum em Maputo que *“o Instituto Nacional de Petróleos apesar de ter a competência legal, formal reconhecida não tem capacidade técnica para fazer a necessária regulação”*.<sup>37</sup>

Esclareceu ainda que:

*“Só para fazer uma Auditoria a umas das grandes empresas a capacidade instalada no Instituto Nacional de Petróleos longe está em condições de fazer face a aquilo que se exige na fiscalização e monitoria das operações dessas grandes indústrias. Em termos de recursos financeiros o Instituto Nacional de Petróleos tem que recorrer a empréstimos,*

---

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Macuácu, 2018, citado por Caldeira, 2019:4.

*doações e outras captações para poder ter recursos para desencadear uma auditoria para depois poder fazer o seu trabalho como Regulador e nem sempre em tempo oportuno consegue realizar as auditorias”<sup>38</sup>*

Por outra análise, relativamente ao INP e a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa, Edson Macuácu<sup>39</sup> entende que a previsão legal desta entidade suscita dúvidas quanto à sua natureza jurídica, às suas atribuições e às competências, tendo em conta as atribuições e competências conferidas ao Instituto Nacional de Petróleos, como órgão regulador.

De outros relatos constam que já havia uma proposta de figurino da Alta Autoridade da Indústria Extrativa, no entanto, após uma análise mais detalhada se concluiu que havia sobreposição em termos de competências e poderes com outras instituições já existentes.<sup>40</sup>

Nestes termos, analisando todas estas premissas, é nosso entender que o dilema entre o INP e a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa reside, grosso modo, nas suas competências e atribuições, o que pode levar a existir uma sobreposição em termos de competências. Dai que se questiona: *qual deve ser a natureza jurídica da Alta Autoridade da Indústria Extrativa, qual deve ser o âmbito e o raio da sua actuação?*

Sobre esta temática discutiremos na secção que se segue.

*b) Natureza jurídica da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique: Proposta para seu enquadramento legal*

São vários os desafios que se colocam para o sector petrolífero em Moçambique, que vai desde a tributação, o regulador necessário e desafios no que concerne a fiscalização e monitoria na exploração dos recursos petrolíferos, facto que nos pode levar a repensar sobre a questão do papel do Governo e do Parlamento na produção de instrumentos legais que visam encontrar a melhor fórmula e, por via disso, tirar maiores e melhores ganhos com a exploração dos recursos disponíveis, tornando o sector cada vez mais forte, estruturado e, acima de tudo, competitivo e de padrão internacional.

Atento a estes e outros desafios, várias são as questões que se colocam sobre a natureza jurídica da Alta Autoridade da Indústria Extrativa, no sentido de perceber se é realmente importante abordá-la, qual deve ser o âmbito

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Macuácu, 2019:143.

<sup>40</sup> Jornal Notícias, 2018:04.

e o raio de actuação desta entidade, como devem ser os mecanismos de designação dos seus membros, a quem deve prestar contas, que actividades devem necessariamente ser exercidas por esta entidade, na relação com outras entidades ligadas ao sector petrolífero, qual deve ser o mecanismo de articulação e coordenação e qual deve ser a posição e o papel desta entidade perante estes órgãos.

Visto sob esta perspectiva, e diante das várias questões que se levantam em torno disso, primeiro, entendemos ser crucial a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique, com competências, âmbito e funções devidamente delimitadas, para que não se confunda e não haja sobreposição de competências com o já existente o Instituto Nacional de Petróleos, o regulador do sector petrolífero.

Para nós, é fundamental a existência da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique, no entanto, a semelhança do que sucede em outros pontos do mundo, a relevância deste órgão vai depender necessariamente do seu melhor enquadramento legal.

Relativamente a sua natureza jurídica, face aos desafios que acima arrolamos, entendemos que esta autoridade deve ser verdadeiramente independente, no sentido de conferir independência perante o poder público, quer em termos de competências, composição e mecanismos de designação dos seus membros<sup>41</sup>, que deve ser baseada na competência profissional, diferentemente do que sucede no Instituto Nacional de Petróleos.

Aliás, sobre a necessidade de existir um órgão regulador verdadeiramente independente, o Centro de Integridade Pública<sup>42</sup>, destaca que:

*“As experiências de vários países, incluindo Moçambique, mostram que as empresas recorrem a uma série de táticas para reduzir a sua carga fiscal que vão desde a inflação de custos, transferência de preços, subvalorização da qualidade dos recursos, entre outros. Igualmente, manipulam os pressupostos de viabilidade dos projectos de modo a terem aprovação do governo e, no final, os resultados são desfasados da realidade “vendida”. Para lidar com estes desafios, a entidade reguladora deve ter outras competências e ser de facto independente”.*

41 Sobre este assunto, afirma Francisco Mucanheia (2018), que a independência da Alta Autoridade da Indústria Extrativa deve ter reflexos em: (i) processo de escolha dos membros e seus mandatos; (ii) relações institucionais com outros entes públicos; (iii) financiamento; (iv) organização interna; (v) impermeabilidade política.

42 Centro de Integridade Pública, 2017.

Ainda mais, neste capítulo da independência, André Júnior<sup>43</sup> entende que:

*“Uma Alta Autoridade da Indústria Extrativa com a administração autónoma (independente), é aquela que juridicamente tem a autoridade de tomar decisões contrárias àquelas impostas pelo Governo sem incorrer a sanções, com pareceres ou recomendações vinculativas e decisões em prol ao bem-estar social, como os órgãos eleitos pela AR e indicados pelo Poder Executivo.”*

Nesta perspectiva, o Jurista adianta que para a eficácia da qualidade de independente, a Alta Autoridade da Indústria Extrativa deve preservar os três elementos: (i) derrogação dos princípios constitucionais das relações interorgânicas entre o Governo e as estruturas administrativas; (ii) reforço das incompatibilidades dos dirigentes das autoridades administrativas independentes em relação ao regime geral dos funcionários administrativos; e (iii) tendencial inamovibilidade dos titulares.

Segundo, enquanto entidade verdadeiramente independente, esta devia prestar contas junto da Assembleia da República e não ao Conselho de Ministros, ou seja, não deve esta entidade ter a tutela do Governo.

Terceiro, no que diz respeito ao âmbito e raio de actuação ou exercício de suas actividades ou competências, é nosso entendimento de que as actividades da Alta Autoridade da Indústria Extrativa deveriam incidir com maior enfoque e impetuosidade na fiscalização, monitoria e sindicância aos projectos, não só de exploração dos recursos petrolíferos, mas também incluir os mineirais, água, terra, floresta e recursos pesqueiros. Ou seja, se se pretende tirar maiores ganhos com a exploração dos recursos em Moçambique, é importante que o figurino desta entidade alargue o seu âmbito de actuação, que também inclui a monitoria das receitas, pesquisa de análises estatísticas do real contributo para o desenvolvimento do país, conteúdo local, entre outros.

Não menos importante, é fundamental que, com a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa em Moçambique, por via legal, se criem mecanismos de coordenação e articulação permanente e transparente entre diversas entidades ligadas ao sector petrolífero, desde a Empresa Nacional de Hidrocarbonetos de Moçambique, o Instituto Nacional de Petróleos, a Autoridade Tributária, o próprio Ministério dos Recursos Minerais e Energia, onde a Alta Autoridade da Indústria Extrativa deverá ter um papel decisório

---

43 Júnior, 2018, citado por IMD – Instituto Para Democracia Multipartidária, 2018.

virado a monitoria da utilização dos recursos provenientes da indústria extractiva.

Os elementos que acima mencionamos podem, até certo ponto, descortinar o aparente dilema entre o Instituto Nacional de Petróleos e a Alta Autoridade da Indústria Extractiva.

Para além destes, mais elementos são apontados por Vitelli (2018)<sup>44</sup> como premissas a serem levados em consideração para a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva, quais sejam:

- a) *Definição do escopo*, devendo considerar variáveis como (i) funções centrais e periféricas; (ii) tipo de investimentos (público, privado, minerais, petróleo, carvão, gás); e (iii) localização;
- b) *Determinação do nível de formalidade*, sendo fundamental considerar se há necessidade de: (i) legislação que autoriza; (ii) que ações regulatórias a entidade poderá conduzir; e (iii) o nível das decisões (recomendativas ou vinculativas);
- c) *Definição do nível de autoridade*, devendo clarificar se a entidade terá autoridade sobre o território nacional e internacional; se envolverá todo o tipo de investimentos; se terá alto nível de conselheiros; e se terá poderes vinculativos;
- d) *Definição links interinstitucionais*, sendo imperioso clarificar como a Alta Autoridade da Indústria Extractiva irá: (i) interagir com as agências governamentais em relação às matérias do sector; (ii) partilhar informações com o sector privado e sociedade civil; e (iii) interagir com financiadores, doadores e outras entidades fora de Moçambique;
- e) *Definição do modelo de implementação*, devendo definir: como as actividades serão financiadas? Se a Alta Autoridade da Indústria Extractiva terá um escritório? Como a Alta Autoridade da Indústria Extractiva irá pagar o seu staff? Como as actividades serão monitoradas e avaliadas?
- f) *E a determinação da temporalidade/ duração*: permanente ou temporária?

Em suma, para nós a ação e instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser para lidar com aspectos específicos e não com propósitos genéricos, com maior enfoque para a fiscalização, monitoria e sindicância dos projectos de exploração de recursos petrolíferos, e não só, olhando na vertente da tributação, na tentativa de maximizar os ganhos para o Estado e reduzir os impactos negativos quer sociais, quer ambientais e até mesmo políticos, assegurando que o Estado faça negócios com o máximo de integridade possível.

<sup>44</sup> Vitelli, 2018, citado por IMD – Instituto Para Democracia Multipartidária, 2018.

*c) Constrangimentos da não instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa*

Para o sector mineiro, o IMD – Instituto Para Democracia Multipartidária<sup>45</sup> aponta alguns constrangimentos que o país enfrenta actualmente com a não instalação da Alta Autoridade de Indústria Extrativa, nomeadamente:

- a) Deficiente monitoria na exploração dos recursos mineiros;
- b) Deficiente gestão de receitas providentes da exploração mineira;
- c) Impossibilidade de supervisão de preços de mercado;
- d) Impossibilidade de participação e acompanhamento da cadeia de valores do sector mineiro;
- e) Deficitária análise do impacto social dos rendimentos provenientes da indústria extractiva;
- f) Forte influência do poder político no processo de produção e comercialização dos recursos minerais.

Note-se que tais constrangimentos, no nosso entender, são aplicáveis ao sector petrolífero, uma vez que, como nos referimos nas secções anteriores, a capacidade instalada no Instituto Nacional de Petróleos, enquanto órgão regulador, longe está em condições de fazer face a aquilo que se exige na fiscalização e monitoria das operações nas grandes indústrias concessionadas para a exploração dos recursos petrolíferos, e que apesar de ter a competência legal, formal reconhecida, esta não tem capacidade técnica para fazer a necessária regulação.

## 6. DO DIREITO COMPARADO: EXPERIÊNCIAS DE CRIAÇÃO DE ENTIDADES SIMILARES

### **a) Experiência da Tanzânia<sup>46</sup>**

Em 1997, o Governo da Tanzânia começou a reorganizar o sector mineiro de modo a atrair mais investimento estrangeiro, o que resultou num crescimento substancial das actividades de pesquisa e produção mineira, particularmente de ouro. Porém, havia uma preocupação generalizada de que o crescimento na mineração não estava a contribuir significativamente para as receitas do Estado. Alguns anos mais tarde, o Governo empreendeu uma

---

<sup>45</sup> *Ibidem.*

<sup>46</sup> Centro de Integridade Publica de Moçambique, 2015.

grande revisão do sector mineiro e sua contribuição para a economia e concluiu que, em 2006, a exportação de recursos minerais foi de pouco mais de 1 bilião de dólares, mas haviam sido pagos ao Estado, em *royalties*, apenas, 26 milhões de dólares. Estas modestas receitas eram consequência, por um lado, em parte, das isenções fiscais e recuperação de custos de investimento e, por outro lado, havia suspeita de que tal resultava de uma estratégia agressiva de fuga ao fisco adoptada pelas empresas que nunca chegaram a pagar o imposto de rendimentos, alegadamente pelas sucessivas perdas registadas nas suas operações.

Um relatório ao parlamento indicou que as empresas mineiras tinham declarado perdas no valor de 1.045 milhões de dólares entre 1998 e 2005. Entretanto, conclusões preliminares de uma auditoria confidencial financiada pelo Governo tanzaniano, realizada a empresas mineiras que exploram ouro, mostrou que as empresas haviam inflacionado as perdas em mais de 502 milhões de dólares.

Na sequência disso, em 2009, o Governo formalizou os seus esforços de supervisão da colecta de receitas da exploração dos recursos minerais com o estabelecimento de uma autoridade semi-autónoma de auditoria da actividade mineira, a Agência de Auditoria Mineira da Tanzânia (TMAG, sigla inglesa). Esta entidade tem a missão de assegurar valores exactos do imposto de produção, fazer análise independente das quantidades e qualidade dos minerais produzidos e exportados através de uma monitoria no local da mina, análise independente de amostras dos minerais e uma monitoria regular dos preços de mercado.

A agência, igualmente, apoia as autoridades fiscais na determinação do imposto de renda através da verificação da autenticidade das receitas, investimentos e despesas reivindicados pelas empresas, analisando a legitimidade dos custos da companhia através de análises de custo-benefício e providenciando previsões de receitas futuras esperadas.

Desde a criação da agência, as receitas do sector mineiro têm crescido substancialmente. O pagamento dos *royalties* da exploração do ouro aumentou de 41 milhões de dólares, em 2010, para 57 milhões de dólares, em 2011. O pagamento do imposto de renda passou de 3.2 milhões de dólares, em 2009, para 14.9 milhões, em 2010, e 30.5 milhões, em 2011.

Contudo, os valores do imposto de renda podem ser superiores aos pagos, uma vez que a auditoria detectou discrepâncias que estão a ser investigadas.

**b) O Caso do Gana – Modelo de Monitoria Pública**<sup>47</sup>

O Gana aprovou em 2011 a Lei de Gestão das Receitas de Petróleo (*Petroleum Revenue Management Act*) que estabelece as linhas de orientação para a utilização das receitas geradas pela exploração de petróleo naquele país. E para garantir a implementação de tais princípios, a lei cria, na secção 51, o “*Public Interest And Accountability Committee – Comité de Interesse Público e Prestação de Contas*” (PIAC) com o seguinte mandato:

- a) Monitoria e avaliação do cumprimento da lei pelo Governo e outras instituições relevantes na gestão e utilização das receitas do petróleo;
- b) Fornecimento de uma plataforma para o debate público sobre as perspectivas de gastos das receitas petrolíferas em linha com as prioridades de desenvolvimento;
- c) Fornecimento de análises independentes da gestão e utilização das receitas.

No âmbito da análise independente, o PIAC deve, por lei, produzir relatórios semi-anuais e anuais entre 15 de setembro e 15 de março de cada ano, os quais, para além de relatar os factos constatados, devem apresentar recomendações para o melhoramento da gestão e utilização das receitas.

Estes relatórios são submetidos ao Parlamento e ao mesmo tempo ao Ministro das Finanças para agir no sentido de corrigir os problemas detetados. De referir que, enquanto o PIAC lida com questões de gestão e utilização das receitas, existe a Autoridade Tributária do Gana (*Ghana Revenue Authority*) e a Comissão de Petróleo (*Petroleum Commission*) que se encarregam de certificar se as empresas pagam o que devem pagar e de regular as operações petrolíferas, respectivamente.

O PIAC é um órgão estabelecido pelo Governo, mas independente. O órgão é composto por um total de 116 pessoas provenientes de vários grupos da sociedade civil, representando trabalhadores (Sindicatos), sector privado (Câmaras de Comércio e Associações Industriais), *media* (Associação de Jornalistas), contabilistas, academias, grupos religiosos, incluindo organizações de base local. As instituições de pesquisa também estão integradas no PIAC e devem, no seu conjunto, eleger um membro para representá-las.

A lei que cria o PIAC estabelece quais são as 11 entidades que devem integrar este órgão e cada uma elege/indica o seu representante. Claramente, o

---

<sup>47</sup> *Ibidem*.

Gana instituiu um mecanismo de monitoria/ fiscalização público e não político. No cumprimento do seu mandato, o PIAC já produziu quatro relatórios anuais e três semi- anuais.

#### **d) Chile e Canada**

No Chile foi criado a Comissão de Cobre do Chile, que cuida das receitas geradas pela exploração de cobre, resolução de disputas e propostas de acções no âmbito de políticas. Já no Canada, existe o Provedor de Justiça que vai cuidar da conduta das empresas canadianas no sector mineiro.

#### **e) São Tomé e Príncipe**

A responsabilidade pela regulação e fiscalização dos sectores e serviços de telecomunicações, correios, água e electricidade são atribuídas a uma entidade multisectorial, a AGER – Autoridade Geral de Regulação, criada nos termos do Decreto-Lei nº 14/2005 de 24 de agosto.

A AGER desempenha o papel de regulador e promotor de serviços, funcionando ainda na dupla qualidade de função de assessor do Governo para os respetivos sectores e na defesa dos consumidores. A AGER, tutelada pelo Ministério responsável pelas Telecomunicações, é dotada de personalidade jurídica, com autonomia técnica, administrativa, financeira e patrimonial.<sup>48</sup>

#### **f) Angola**

A ANPG – Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis é constituída no âmbito do Decreto Presidencial nº 49/19 de 6 de fevereiro de 2019. Tendo como missão a regulação da exploração petrolífera e do gás, goza de personalidade e capacidade jurídica como pessoa colectiva de direito público do sector económico-productivo. É dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial no exercício das suas funções. Regula, fiscaliza e promove, primordialmente, as operações de contratação no domínio dos petróleos, gás e biocombustíveis.<sup>49</sup>

#### **g) Cabo Verde**

A ARME – Agência Reguladora Multisectorial da Economia, criada pelo Decreto-Lei n.º 50/2018, de 20 de setembro, é uma autoridade administrativa independente, encarregue da regulação técnica e económica

48 Gonçalves, 2022:46.

49 *Ibidem*.

dos sectores das comunicações (comunicações eletrónicas e postais), energia (combustíveis e eletricidade), água e saneamento e transportes coletivos urbanos e interurbanos de passageiros. A ARME exerce ainda a sua actividade de regulação nos aspectos do mercado da comunicação social, que não devam ser consignados a outra autoridade administrativa independente.<sup>50</sup>

A ARME resultou da fusão da Agência de Regulação Económica (ARE) – criada pelo Decreto-Lei n.º 26/2003, de 25 de agosto, e da Agência Nacional das Comunicações (ANAC) – criada pelo Decreto-Lei n.º 31/2006, de 19 de junho.

A ARME é independente no desempenho das suas funções e não se encontra submetida à superintendência do Governo, no que respeita às suas funções de regulamentação e supervisão dos sectores em relação aos quais exerce as suas atribuições, com ressalva dos princípios e poderes de orientação do Governo, previstos na lei.

## 7. NOSSO POSICIONAMENTO

A semelhança do que ocorreu em alguns países de África, principalmente na Tanzânia e Gana, onde devido à estratégia agressiva de fuga ao fisco adoptada pelas empresas que nunca chegaram a pagar o imposto de rendimentos, alegadamente pelas sucessivas perdas registadas nas suas operações, o Governo tanzaniano viu-se na obrigação de estabelecer uma Autoridade semi-autónoma de auditoria da actividade mineira para a Tanzânia, que tinha a principal missão de assegurar valores exactos do imposto de produção, fazer análise independente das quantidades e qualidade dos minerais produzidos e exportados através de uma monitoria no local da mina, análise independente de amostras dos minerais e uma monitoria regular dos preços de mercado, e Comité de Interesse Público e Prestação de Contas para o Gana, onde de entre várias tarefas, tem a nobre missão de fornecer análises independentes da gestão e utilização das receitas.

Nota-se aqui que a maior preocupação dos Estados detentores de tais recursos é tirar maior proveito e ganhos resultantes da exploração de tais recursos, por via da tributação, e isto, indubitavelmente, requer a existência e instalação de uma autoridade reguladora verdadeiramente independente e dotada de capacidades e mecanismos de fiscalização e monitoria público e não político.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*.

Nestes termos, para o caso de Moçambique torna-se imprescindível e pontual a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa, que seja verdadeiramente independente, diferentemente do figurino adoptado na Tanzânia, que é semi-autónomo.

Resultado dos relatórios da Autoridade Tributária de Moçambique e de vários relatos de perda de receitas por parte do Estado perante as empresas concessionadas para a exploração dos recursos existentes é, no mínimo, razoável conferir a esta autoridade maior independência parente o poder público, o que por força da lei, não acontece com o actual regulador do sector petrolífero, o Instituto Nacional de Petróleos.

Aliás, da análise sobre as premissas que as caracterizam, pode-se afirmar que os princípios norteadores da actividade regulatória destas autoridades se prendem com uma matriz de valores assente na autonomia, transparência e eficiência da regulação. As variações de natureza jurídica e enquadramento legal reflectem, sobretudo, as políticas de cada país quanto ao modelo de regulação.

Com isto, olhando para o dilema entre o Instituto Nacional de Petróleos, actual regulador, e a Alta Autoridade da Indústria Extrativa, ainda não instalada, é nosso entender e posicionamento que esta última, para além de compreender e incluir outros recursos, alargando o seu âmbito, as suas actividades, competências e funções, deve incidir com maior destaque para a fiscalização, monitoria e sindicância dos projectos de exploração, ou seja, a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa deve ser para lidar com aspectos específicos e não com propósitos genéricos, pelo que entendemos ser esta a autoridade necessária para o “regulador” no sector petrolífero.

E visto sob esta análise, uma vez que não podem existir dois reguladores, é pontual e é urgente a regulamentação e a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extrativa e, naturalmente, a revisão das competências do INP para que não haja conflitos positivos ou negativos entre ambos.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES**

A regulação em Moçambique tem o seu enquadramento constitucional e legal, quando no número 1 do artigo 249 da Constituição da República, estabelece que a administração pública se estrutura com base no princípio da descentralização e desconcentração, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo e, quando na Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, o artigo 67 define as espécies de descentralização, designadamente: as autarquias locais,

a administração indirecta do Estado, instituições públicas do ensino superior, associações públicas, onde a administração indirecta do Estado compreendem o Banco de Moçambique, os institutos públicos, as fundações públicas, os fundos e o sector empresarial do Estado.

Ela é fundamental dada a intervenção que o Estado faz na actividade económica pública e privada para controlar e orientar o mercado assim como para proteger o interesse público, actividade atribuída ao órgão regulador.

Em Moçambique, a entidade responsável pela regulação do sector petrolífero é o Instituto Nacional de Petróleo, criado pelo Conselho de Ministros ao abrigo do Decreto n.º 25/2004 de 20 de Agosto, onde as suas actividades se circunscrevem no âmbito da gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos, no âmbito das actividades de pesquisa, de desenvolvimento, produção e transporte de petróleo, salvaguarda dos interesses dos operadores, no âmbito da administração, fiscalização e regulação, bem como os competências e poderes de Inspeção.

No entanto, da leitura e análise feita, conclui-se que o Instituto Nacional de Petróleos está muito longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero, pelo facto de, por força da lei, estar subordinado à entidade que é indigitada pelo Conselho de Ministros para assinar os contratos, qual seja o ministro que superintende a área petrolífera, o que de certa forma limita a sua independência, e pelo facto de ter a tutela do Ministério que superintende a área de petróleo e de gás, responsável pelas directrizes para participação do sector público e privado na pesquisa, exploração dos produtos petrolíferos e seus derivados, assim como de não possuir poderes sancionatórios vinculativos quando as empresas petrolíferas incorrerem em infracções e de não estar dotado de meios técnicos e humanos suficientes, factores indispensáveis para uma verdadeira Autoridade Reguladora.

Em virtude de isto, face aos desafios que se colocam ao sector petrolífero em particular e, a indústria extrativa no geral, e apesar do aparente dilema que possa eventualmente ocorrer entre os órgãos reguladores, mormente Instituto Nacional de Petróleos e a Alta Autoridade da Indústria Extrativa, está mais que claro que é crucial e pontual a regulamentação e instalação desta última autoridade, com enquadramento legal, indicação e previsão clara sobre qual deve ser o seu âmbito, o seu raio de actuação, os mecanismos de designação dos seus membros, a quem deve prestar contas, das actividades específicas necessariamente exercidas por esta autoridade, formas e mecanismos de relacionamento, articulação e coordenação entre as diversas entidades que fazem a cadeia de valores no sector petrolífero e sua posição e papel perante estes órgãos.

Assim, conclui-se, em bom-tom, que a Alta Autoridade da Indústria Extractiva pode vir a ser o regulador necessário para o sector petrolífero, em particular e, para a indústria extractiva, no geral, desde que devidamente e legalmente enquadrada, conferindo-o maior e verdadeira independência parente o poder público, dotada de capacidades e mecanismos de sindicância, fiscalização e monitoria público e não político, o que por força da lei, não acontece com o actual regulador do sector petrolífero, o Instituto Nacional de Petróleos.

Em suma, para nós a acção e instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser para lidar com aspectos específicos e não com propósitos genéricos, com maior enfoque para a fiscalização, monitoria e sindicância dos projectos de exploração de recursos petrolíferos e não só, para que com base nisso se maximizem os ganhos para o Estado, reduzindo os impactos negativos quer sociais, quer ambientais e até mesmo políticos, assegurando que o Estado faça negócios com o máximo de integridade possível.

Para isto, é fundamental e é urgente a regulamentação e a instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva e, naturalmente, a revisão das competências do INP para que não haja conflitos positivos ou negativos entre ambos.

## BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Alex Odair do Espírito Santo

2014 *O novo paradigma da regulação: um estudo comparado dos regimes português e são-tomense*, Lisboa

CALDEIRA, Adérito

2019 *Governo pretende unificar Alta Autoridade para Indústria Extractiva e a Iniciativa para Transparência nas Industrias Extractivas porque “são coincidentes”*, disponível em: <http://www.verdade.co.mz/tema-de-fundo/35-themade-fundo/68288-governo-pretende-unificar-alta-autoridade-para-industria-extrativa-e-a-iniciativa-para-transparencia-nas-industrias-extractivas-porque-sao-coincidentes>. (consultado em 06.09.2023)

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho

2009 “O princípio democrático sob pressão dos novos esquemas regulatórios”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, pp.99

CIP – Centro de Integridade Pública

2015 “Monitoria e Fiscalização da Indústria Extractiva – Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser independente”, in *Serviço de Partilha de Informação*, edição n.º 11/2015, agosto, pp.1-5

2017 “Indústrias Extrativas: INP Longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero”, in *Serviço de Partilha de Informação*, edição n.º 42017, pp. 1-5

COELHO, Beatriz

2020 *Metodologia científica: aprenda como delimitar a sua pesquisa*, disponível em: <https://blog.mettzer.com/metodologia-cientifica/> (consultado em 06.09.2023)

GONÇALVES, Octávio de Jesus

2022 *Análise Crítica Ao Regime Jurídico Da Regulação Do Sector De Petróleo e Gás Em Moçambique*: Dissertação, Universidade Católica de Moçambique – Faculdade de Engenharia, Chimoio

IMD – Instituto Para Democracia Multipartidária

2018 “A Alta Autoridade Da Indústria Extractiva: Desafios para a Instalação”, in *Policy Brief* edição n.º 5, novembro

JORNAL NOTÍCIAS

2018 “*Para Indústria Extrativa o País poderá ter alta autoridade*”, edição 30.439, de 15.08.2018, pp. 04

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco

2019 *Direito do Petróleo e Gás em Moçambique*, Maputo, Escolar Editora

PESSOA, R. S.

2004 *Direito e regulação*, Rio de Janeiro, Editora Forense

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

2012 Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro – Lei Base de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública, Boletim Oficial da República de Moçambique, I Série – Número 6

2004 Decreto n.º 25/2004 de 20 de agosto – Lei que Cria o Instituto Nacional de Petróleo, Boletim Oficial da República de Moçambique, I Série – Número 33

2014 Lei n.º 21/2014 de 18 de agosto – Lei de Petróleos, Boletim Oficial da República de Moçambique, I Série – Número 66

2018 Constituição da República de Moçambique, Boletim Oficial da República de Moçambique, I Série – Número 115

SANCHES, J. L. S

2000 “A regulação: história breve de um conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 60, n.º 1

# ECONOMIA DIGITAL, CONCORRÊNCIA E VIESES COGNITIVOS DOS CONSUMIDORES

*Philippe Magalhães Bezerra<sup>1</sup>*

**ABSTRACT** *This paper aims to explore how competition law can incorporate insights from behavioral economics, particularly consumer behavior, when assessing potential antitrust violations in the digital economy. Since competition law aims to enhance market efficiency and consumer protection, understanding consumer behavior is crucial. We illustrate this through cases involving price parity clauses on hotel reservation platforms, submitted to Brazilian and German competition authorities. In Brazil, consumers were assumed to act rationally, while in Germany, cognitive biases were considered, leading to different interpretations of these clauses as antitrust violations. Human decision-making often involves heuristics and biases, impacting economic outcomes. Competition authorities should consider these factors in their analysis to reflect real-world consumer behavior accurately.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. Avaliação de práticas anticoncorrenciais e cláusulas paritárias nos contratos de fornecimento de serviços hoteleiros. 3. Economia comportamental e vieses cognitivos dos consumidores. 4. Caso das plataformas de reserva de hotéis submetidos ao CADE no Brasil. 5. Caso das plataformas de reservas de hotéis submetidos à autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*). 5.1 Comparação de preços. 5.2 Primeiro contato com a acomodação e escolha. 5.3 Relação entre o local onde a acomodação foi encontrada com a efetivação da reserva. 5.4 Outras considerações relevantes sobre o estudo realizado pela autoridade da concorrência alemã. 5.5 Desfecho do processo Alemão envolvendo as plataformas de reservas. 6. Economia comportamental e avaliação de práticas anticoncorrenciais. 7. Conclusão.

**KEY-WORDS** Competition. Behavioral Economics. Biases and Heuristics. Assessment of practices. Competition authorities.

**JEL** G40, G41.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito e Economia (Universidade de Lisboa), Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE), Especialista em Direito Público (UNB). Procurador Federal. Professor e conferencista na área da contratação pública.

## 1. INTRODUÇÃO

A economia digital, nas suas mais variadas formas de manifestação, é uma realidade presente em nosso cotidiano, não mais vista como algo distante e abstrato, mas com concretude e dinâmica própria. Os reflexos da sua presença em nosso dia a dia se demonstram nos variados campos da vida social, seja na economia propriamente dita, seja no direito ou na ciência da tomada de decisão.

Sob o viés concorrencial, o contexto das relações econômicas digitais tem apresentado desafios em inúmeros âmbitos, fazendo com que os atores diretos e indiretos dos processos concorrenciais (empresas, consumidores e autoridades da concorrência) se deparem com situações concretas que exigem criatividade e inteligência na percepção dos fenômenos econômicos com efeitos no campo da concorrência.

No presente relatório, buscaremos analisar como a economia comportamental pode ser utilizada pelo direito da concorrência na avaliação de práticas restritivas considerando o contexto da economia digital. Assim, a ideia é investigar se na avaliação de práticas anticoncorrenciais podem ser analisados aspectos comportamentais dos consumidores e os vieses cognitivos que orientam a sua atuação, considerando que a proteção dos consumidores é um dos efeitos da aplicação do Direito da Concorrência, que de forma mais ampla, objetiva a promoção da eficiência econômica.

Partindo da premissa de que a avaliação das práticas anticoncorrenciais pressupõe uma análise do mercado antes e depois da sua ocorrência, a configuração do ato violador do direito da concorrência, em se tratando de restrições por efeito<sup>2</sup>, passará por um estudo dos efeitos da conduta anticoncorrencial no tempo. Considerando ainda que essa avaliação tenta prever, dentre outros aspectos, as condutas dos consumidores nos dois cenários, imaginamos ser possível, ou talvez necessário, que padrões de

---

2 Sobre esse ponto vale transcrever trecho do relatório da autoridade da concorrência alemã, quando da análise do caso concreto envolvendo as plataformas de hotéis e categorização da restrição como por efeito: *“Even though it is arguable whether the MFN agreements between HRS and its hotel partners bring about significant restraints of competition by object, they certainly do so by effect. The economic incentive for hotel portals to offer lower commissions to the hotels or the incentive to face up to competition by adopting new sales strategies is taken away; it is made more difficult for new competitors to enter the market. The possibilities open to the hotels to submit offers on various hotel portals and other sales channels at different prices and conditions are considerably restricted. The restraints of competition caused by the MFN clauses of HRS are strengthened by the MFN clauses of the two other major portals in Germany, namely Booking and Expedia”*. Cfr. Bundeskartellamt, 2013: 50. Disponível em: <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D3D3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3D3)>.

comportamento dos consumidores sejam tomados em consideração para a respectiva avaliação.

Quando se fala em padrão de comportamento dos consumidores enquanto agentes econômicos, é possível utilizar modelos pré-concebidos de atuação pressupondo uma racionalidade econômica conforme a economia tradicional pressupõe, ou compreender que os seres humanos, no caso os consumidores, são seres sem um padrão racional de atuação em muitas situações cotidianas.

Essa falta de racionalidade em muitas decisões do cotidiano, se não consideradas, pode interferir na análise de práticas anticoncorrenciais na medida em que pode levar as autoridades que as investigam ou julgam a considerar um cenário que talvez não corresponda ao da realidade fática, e decidir com base em premissas falsas. Assim, investigaremos a pertinência da inserção da economia comportamental e dos vieses cognitivos dos consumidores no seio da análise de práticas anticoncorrenciais como forma de trazer um quadro mais preciso da realidade econômica, propiciando decisões mais assertivas do âmbito do Direito da Concorrência.

Para testar às hipóteses realizaremos dois estudos de caso. Primeiro, uma análise do caso envolvendo as plataformas Booking, Expedia e Decolar no Brasil, que resultou em um termo de compromisso de cessação de prática junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Posteriormente, passaremos a análise do caso também envolvendo plataformas de reservas de hotéis, submetido à Autoridade da Concorrência Alemã (Bundeskartellamt) cuja decisão, em um primeiro momento, foi suspensa pelos órgãos de justiça daquele país, mas que resultou em um estudo mais aprofundado sobre o parasitismo em plataformas digitais de hospedagem.

Analisando o acordo firmado no CADE sobre as plataformas de reservas de hotéis, nos parece que a autoridade da concorrência brasileira na avaliação do comportamento dos consumidores partiu de uma premissa de racionalidade comportamental (*homo economicus*), e que talvez essa premissa tenha conduzido o órgão a uma decisão que poderia ser outro caso tivesse em consideração vieses comportamentais.

No âmbito da Alemanha, a despeito da revogação, em um primeiro momento, pelos órgãos de justiça da decisão tomada pela autoridade da concorrência, o estudo encomendado pela própria Bundeskartellamt parece indicar que suas premissas iniciais estavam corretas, desde que fossem considerados padrões de consumo não racionais pelos utilizadores das plataformas de reservas de hotéis.

Além dos casos brasileiro e alemão, faremos remissão a casos envolvendo as plataformas de reservas de hotéis on-line nos quais houve decisões de autoridades da concorrência europeias. Serão utilizados também estudos e ações da European Nudging Network, missão da OCDE para estudo dos padrões comportamentais e correlação com políticas públicas no âmbito da União.

## 2. AVALIAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS E CLÁUSULAS PARITÁRIAS NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS HOTELEIROS

Conforme pontuamos nas linhas introdutórias, o direito da concorrência, no que se refere a avaliação de atos anticoncorrenciais restritivos por efeito, tentará realizar um exercício comparativo do mercado em análise em dois momentos distintos, antes e depois da prática do ato potencialmente violador das regras da concorrência. Obviamente o objetivo é verificar os efeitos reais das condutas no mercado e a subsunção dos fatos às regras de proteção à concorrência nos dois cenários, nesse caso, a análise do mercado com a cláusula contratual que passaremos a analisar, confrontada com o cenário da concorrência sem a referida cláusula<sup>3</sup>.

Os casos que analisaremos no presente trabalho situam-se dentro do que a doutrina denomina acordos verticais, já que o seu objeto são os contratos firmados entre as plataformas de reserva de hotéis e os respectivos estabelecimentos hoteleiros, e os efeitos desses contratos para os consumidores sob o prisma do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que segundo Miguel Moura e Silva<sup>4</sup>:

*“(...) tem por objeto a restrição da concorrência mediante determinados comportamentos que envolvem duas ou mais empresas. Num mercado concorrencial, cada agente económico deve determinar livremente e de forma autónoma o respectivo comportamento no mercado. Assim, a finalidade dessa disposição consiste em impedir que as empresas*

---

3 A demonstração do elemento contrafactual ficou assentada de forma clara no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo 56/65 quando afirmou: “(...) há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto de a proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável. A concorrência deve, neste caso, ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido (...)”. Cfr. TJUE, Acórdão 56/65, de 30/06/1966. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0056&qid=1693072251788>>. Acesso em 26/08/2023.

4 Cfr. Silva, 2020: 499.

*restringam a concorrência entre si ou relativamente a terceiros mediante a coordenação da respectiva conduta concorrencial.”*

Assim, interessam ao direito da concorrência e ao presente escrito, as relações comerciais travadas entre empresas que atuam em diferentes estágios da mesma cadeia econômica e as implicações dessas mesmas relações aos consumidores que são os destinatários finais dos produtos e serviços ofertados.

Não objetivamos, outrossim, trazer maiores digressões nesse momento sobre aspectos mais peculiares relativos aos acordos verticais e à interpretação das terminologias utilizadas no art. 101.º do TFUE, mas apenas um enquadramento geral, pois entendemos que não faz parte do escopo maiores aprofundamentos teóricos, sob pena de desviarmos, de forma alongada, dos estudos de caso que serão apresentados mais adiante através dos quais serão colacionadas peculiaridades relativas aos acordos verticais.

A discussão cinge-se na apreciação das cláusulas paritárias em contratos firmados entre hotéis ou similares e plataformas de reservas, também denominadas OTAs – *Online Travel Agencies*, que atuam como intermediários entre as acomodações e os consumidores finais, tais como Booking.com, Expedia, Decolar, dentre outros.

Por meio dessas cláusulas<sup>5</sup>, impostas pelas plataformas de intermediação, os hotéis ou alojamentos estariam proibidos de oferecer aos consumidores finais preços e condições mais favoráveis que aqueles oferecidos pelos agentes intermediadores, sejam em canais próprios de venda, seja por meio de outros distribuidores, a depender a classificação da cláusula que pode assumir uma versão mais ampla ou mais limitada.

Na versão mais ampla (*wide clause*), o estabelecimento hoteleiro não poderia praticar melhores preços em seus próprios canais de venda (*on-line* e *off-line*), tampouco através de outras plataformas concorrentes, sendo vedada, ainda, a disponibilização de maior quantidade de quartos. Na versão mais restrita (*narrow clause*), a cláusula impediria o estabelecimento fornecedor de praticar melhores condições apenas em seu canal de vendas *on-line* aberto ao público mediante simples pesquisa, podendo, no entanto, praticar melhores preços pelos canais de venda *off-line*, canais de venda *on-line* que demandam

---

5 Cfr. SILVA, 2018: 616. Segundo Miguel Moura e Silva: “[e]stas cláusulas são qualificadas na doutrina jurídica e econômica como cláusula de nação mais favorecida (Most Favoured Nation ou MFN), por analogia com o regime usado no Direito Internacional Econômico, em particular ao nível dos acordos relativos ao comércio e à proteção e promoção de investimentos”.

de um cadastro específico para acesso a área restrita ou mesmo por meio de outras plataformas de intermediação.

Em Portugal, a título de exemplificação, a legislação local através da Lei n.º 17 de 17 de agosto de 2022<sup>6</sup>, estabeleceu como regra geral que a prática relativa à utilização das cláusulas MFN seriam violadoras do direito da concorrência, tanto na versão ampla, como também na restrita, seguindo um modelo adotado anteriormente na França em agosto de 2015 e Áustria em novembro de 2016.

Assim, os casos concretos que nos propomos a analisar no presente trabalho se debruçaram sobre os aspectos contratuais em uma cadeia vertical de distribuição nos moldes acima delineados e seus efeitos na concorrência. A pergunta que se põe é a seguinte: o estabelecimento de cláusulas de paridade de preço, seja na versão mais branda, seja na versão mais alargada, viola o direito da concorrência? Antes, contudo, passaremos ao enquadramento do segundo ponto basilar de nosso texto, relativamente aos aspectos ligados à economia comportamental, para ao final, dentro dos estudos de caso, fazermos a interseção entre o direito da concorrência e o comportamento dos consumidores.

### 3. ECONOMIA COMPORTAMENTAL E VIESES COGNITIVOS DOS CONSUMIDORES

No estudo da teoria econômica, mais precisamente do que se passou a denominar “Economia tradicional ou ortodoxa”, o ser humano enquanto agente econômico é tratado como um ser em estado de permanente racionalidade econômica, em busca de ganhos de bem-estar a um menor custo possível, numa espécie de egoísmo natural que caracteriza o denominado *homo economicus*, segundo Patrício<sup>7</sup>:

---

6 Artigo 9.º Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas. 1 – São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: f) Estabelecer, no âmbito do fornecimento de bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local, que o outro contraente ou qualquer outra entidade não podem oferecer, em plataforma eletrónica ou em estabelecimento em espaço físico, preços ou outras condições de venda do mesmo bem ou serviço que sejam mais vantajosas do que as praticadas por intermediário que atue através de plataforma eletrónica.

7 Cfr. Patrício, 2017: 302.

*“O conceito de racionalidade econômica ainda hoje mais adotado baseia-se num processo de decisão (de inspiração utilitarista) segundo o qual o Homem actua, por via de regra, como um típico “homo œconomicus” (i.e.), visa a optimização de meios e/ou a maximização de fins próprios, numa perspectiva que é – ou que se presume que seria –, directa ou indirectamente, egoística ou individualista.”*

Essa concepção um tanto quanto estática e pragmática do ser humano enquanto agente econômico racional começou a ser colocada em prova a partir de 1950 quando Hebert Simon propôs estudos que comprovariam que o ser humano tem limitações cognitivas na tomada de decisão e solução de problemas, o que denominou “racionalidade limitada”, conceito esse sintetizado por Araújo<sup>8</sup>:

*“Essa ideia de racionalidade limitada assenta na já referida constatação e que o tempo é limitado, é um bem escasso e custoso, seja quando se pretende adquirir informação completa, seja quando se visa prestar atenção adequada à informação de que se dispõe, seja ainda quando e trata de desenvolver um plano de optimização com base na informação disponível – pois o tempo que se dedicaria a esses esforços optimizadores seria, de modo muito pouco eficiente, sonogado a resolução de problemas não menos urgente, deixando-nos marginalmente desequilibrados na satisfação de todos nossos interesses.”*

A racionalidade limitada, pondo em xeque a noção de racionalidade econômica, seria a gênese do que na década de 1970 seria chamada de economia comportamental, quando psicólogos comportamentais começam a estudar fenômenos de tomada de decisão econômicas e fornecem achados interessantes para o estudo da economia. Destacam-se nesse período as obras dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky, chamada “*Perspective Theory*” e do economista Richard Thaler denominada “*Toward a Positive Theory of Consumer Choice*”, já na década de 1980.

Em obra mais recente, Kahneman, discorrendo sobre os seus estudos com Amos Tversky acerca da irracionalidade humana e sobre a influência dos estudos comportamentais em campos para fora da psicologia e quebra de dogmas até então postos, afirmou<sup>9</sup>:

8 Cfr. Araújo, 2005: 32.

9 Cfr. Kahneman, 2012, n.p.

*“O uso de demonstrações forneceu a pesquisadores de diversas disciplinas – notadamente filósofos e economistas – uma oportunidade incomum de observar possíveis falhas em suas próprias opiniões. Tendo visto a si mesmos falhar, eles ficaram mais inclinados a questionar a pressuposição dogmática, dominante na época, de que a mente humana é racional e lógica.”*

Os estudos se revelaram relevantes para diversas disciplinas e não tardaria para que o direito também de alguma forma viesse a ser impactado pelas pesquisas da economia comportamental, considerando que dentro do estudo jurídico analisa-se fundamentalmente o agir do ser humano. Sobre essa interligação entre direito, economia e psicologia enfatizou Ulen<sup>10</sup>:

*“Behavioural law and economics is, I believe, one of two most important innovation that going on in legal scholarship today. As is well known, behavioural considerations began in the 1970s with experiments by Kahneman and Tversky in cognitive and social psychology that were designed to test the predictions of rational choice theory. For various reasons, the results of those experiments – broadly speaking, those results where the rational choice theory does not accurately predict much human choice behavior – remained unknown to many economists and to lawyers familiar with economics law and economics until the 1990s. However, once the experimental criticisms of rational choice theory became widely known, They had very different impacts on the Fields of economics, law, and law economics.”*

Em resumo, o que a economia comportamental trouxe de novidade para o estudo da economia, e que acabou refletindo em outras áreas do conhecimento, dentre elas o direito, foi que o processo de tomada de decisão do homem não seria sempre dotado de máxima racionalidade, no sentido da busca da máxima eficiência econômica e bem-estar. As decisões de natureza econômica seriam, muitas das vezes, “contaminadas” por vieses cognitivos que desviam os seres humanos da plena racionalidade. Assim, partindo desse pressuposto, que o sujeito econômico deveria ser considerado pela ciência econômica.

Esses vieses cognitivos seriam falhas de julgamento quando o sujeito está num processo de tomada de decisão, segundo Avanzi et al.<sup>11</sup>: “[v]ieses cognitivos são filtros mentais e emocionais nos quais o indivíduo confia para entender e

10 Cfr. Ulen, 2014: 4.

11 Cfr. Avanzi, 2020: 263.

*responder aos eventos externos. Representam, assim, distorções de julgamento que podem afetar a capacidade de um indivíduo de avaliar informações de maneira objetiva e lógica”.*

Dessa forma, seria crível imaginar que uma determinada pessoa diante da necessidade de tomar uma decisão poderia não adotar aquela que seria a mais racional e economicamente vantajosa, pois, por algum motivo irracional, ou heurísticas cognitivas seria levado a tomar decisão diversa. Nas palavras de Lefevre e Chapman<sup>12</sup>:

*“Human beings do not always take decisions which are consistent with their own preferences and needs, they do not act in a rational way, and their choices are often driven by their emotions and their particular context. Mistaken beliefs, procrastination, passivity, self-control problems, difficulties in choosing among a large set of options are some of the elements which impact consumers’ decisions and lead them to choose products or services which are not always best suited to their needs.”*

As heurísticas, por sua vez, nada mais são do que atalhos mentais que ativamos instintivamente para resolver problemas ou tomar decisões. Apesar de muito úteis no dia a dia, pois através delas poupa-se muita energia, a utilização de heurísticas pode nos conduzir a tomadas de decisão que não seriam as mais adequadas. Nas palavras de Kahneman<sup>13</sup>: “[H]eurística é um procedimento mental simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, embora várias vezes imperfeitas, para perguntas difíceis”.

Essa irracionalidade humana no processo de tomada de decisão, seja ela uma decisão econômica ou não, tem consequências ao mundo do direito na medida em que a racionalidade ou não em prática de atos jurídicos pode influenciar na análise dos seus efeitos e consequências no campo da existência, validade e eficácia. A importância da economia comportamental tem chamado atenção da OCDE que desenvolve inúmeros estudos acerca do tema, reconhecendo sua relevância nos seguintes termos:

*“Behavioural insights are an inductive approach to inform policy makers of the human behaviours driving economic and societal outcomes. Driven by experimentation and piloting, it combines insights from psychology, cognitive science and social science with empirically-tested results to discover how humans “actually” make choices. The OECD*

<sup>12</sup> Cfr. Lefevre & Chapman, 2017: 4.

<sup>13</sup> Cfr. Kahneman, 2012, n.p.

*has been at the forefront of supporting public institutions to apply behavioural insights to improve public policy, including in its design, implementation and evaluation.*<sup>14</sup>

No âmbito do direito do consumidor, a consideração das práticas comportamentais dos consumidores já desperta alertas para as autoridades que atuam nessa seara, na medida em que cada vez mais se verificam no mercado a utilização de práticas comerciais que buscam se valer da irracionalidade humana para obtenção de vantagens, de modo que a OCDE<sup>15</sup>:

*“Regarding enforcement actions, some consumer authorities have used work on behavioural insights to inform their understanding of deceptive and unfair commercial practices. For example, there are a number of enforcement actions that relate to drip pricing in the online market, which is a price advertising technique that might trigger behavioural biases. With respect to regulations informed by behavioural insights, consumer authorities have prohibited businesses from conducting commercial practices that might trigger behavioural biases in specific markets such as e-commerce market and credit card industry. Behavioural biases including default and status quo effect, hyperbolic discounting, overconfidence and framing have been addressed in regulations.*

Em relação ao direito da concorrência, a economia comportamental pode-se revelar das mais variadas formas e afetar o mercado. Agentes econômicos em posição dominante ou num regime de monopólio, por exemplo, podem utilizar técnicas comportamentais para influenciar condutas visando maximizar seu poder de mercado, se valendo da irracionalidade dos consumidores<sup>16</sup>.

Em 2018, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) verificou que o buscador de “melhores” opções de hospedagem TRIVAGO estava a classificar seus resultados de busca considerando aqueles que

14 Cfr. OECD, Behavioural insights: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>

15 Cfr. OECD, 2017: 5.

16 Cfr. OECD, 2023: 6: “(...) In 2018, the European Commission (EC) found that Google had abused its dominant position in the national markets for general search services by sharing revenues with original equipment manufacturers and mobile network operators on condition that they would not pre-install any competing general search service on the devices. The decision refers to ‘status quo’ bias, explaining that ‘pre-installation, like default setting or premium placement, can increase significantly on a lasting basis the usage of the service provided by an app [because] users that find apps pre-installed and presented to them on their smart mobile devices are likely to ‘stick’ to those apps’. In addition to an over EUR 4 billion fine, the EC imposed a set of remedies, including requiring Google to display to Android users in Europe a ‘choice screen’ for both search engines and web browsers”.

pagavam mais por *click* à plataforma, além de realizar comparativo preços de quartos de padrão diferentes sabendo que os consumidores tenderiam a reservar aquelas opções que aparentemente eram as mais interessantes para não perderem a “oportunidade”, sem conferir se realmente estavam a fazer o melhor negócio<sup>17</sup>.

No contexto da presente investigação, a perspectiva é um tanto quando diversa pois a relação jurídica em causa, como apontamos acima, é travada entre pessoas jurídicas da mesma cadeia vertical, hotéis e plataformas de reserva, sem a participação do consumidor. Ou seja, o que se discute juridicamente é a validade de cláusulas contratuais numa relação cujos efeitos resvalam no consumidor, mas que esses não são parte na relação jurídica propriamente dita.

Embora o campo da irracionalidade do consumidor não implique diretamente na possibilidade de declaração de invalidade de atos jurídicos praticados por terceiros (hotéis e plataformas de reservas), poderá orientar a atuação dos mecanismos de controle da concorrência, na medida em que essa racionalidade ou irracionalidade das condutas implicará na configuração ou não daquilo que se denomina efeito carona ou *free rider*, conforme explicaremos.

O consumidor não é parte na relação contratual em causa, mas a sua forma de agir oferece subsídios ao direito da concorrência para que as cláusulas contratuais de terceiros (hotéis e plataformas), possam ser verificadas quanto a sua adequação com o direito antitruste. Isso ocorre porque o fundamento da existência das cláusulas MFN impondo condições contratuais favoráveis às plataformas de reservas em detrimento da liberdade dos hotéis na fixação de preços se baseiam numa premissa de que os consumidores possuiriam um padrão racional de conduta e que a inexistência das cláusulas poderia ser prejudicial às plataformas de reservas. Nas palavras de Moura e Silva<sup>18</sup>:

*“No caso das plataformas de dois lados, um dos principais argumentos a favor das cláusulas CMF é a proteção dos investimentos efetuados pela plataforma (publicidade, angariação de clientes, divulgação de avaliações de outros clientes) relativamente ao comportamento oportunista do vendedor de bens e serviços: sem essa cláusula, este*

---

17 Cfr. *Trivago to pay \$44.7 million in penalties for misleading consumers over hotel room rates*. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/media-release/trivago-to-pay-447-million-in-penalties-for-misleading-consumers-over-hotel-room-rates>.

18 Cfr. Silva, 2020: 619.

*poderia desviar clientela através do seu próprio canal on line, beneficiando daqueles investimentos sem pagar os respectivos custos.”*

O efetivo desvio em favor daquele que não fez os investimentos de plataforma depende, entretanto, da conduta do consumidor, pois a ideia em torno da cláusula em questão parte do pressuposto de que o consumidor terá acesso tanto aos preços praticados no âmbito da plataforma de reservas como também no ambiente oferecido pelo prestador final do serviço (hotéis) e a partir daí tomará uma decisão econômica comparando as vantagens e desvantagens de cada canal de venda, podendo então maximizar o próprio benefício.

As condições acima descritas se encaixam na prática, se os consumidores realmente agirem como *homo economicus* e praticarem um exercício de busca da melhor condição econômica para si. Avaliar o real comportamento dos consumidores que reservam hotéis através de plataformas de reservas *on line* revela-se fundamental para o direito da concorrência.

Thaler e Sunstein na obra *Nudge*, trabalharam essa dicotomia comportamental estabelecendo duas figuras, que denominaram de “*humanos*” e “*econos*”. Para os autores, os primeiros seriam as pessoas comuns, aqueles que são movidos por paixões, emoções, sentimentos subjetivos no processo de tomada de decisão distantes de qualquer padrão de racionalidade, enquanto os *econos* corresponderiam àqueles que agem com absoluta racionalidade econômica, analisando todas as alternativas possíveis num processo de tomada de decisão, em busca da solução econômica mais vantajosa.

A questão então que interessa ao direito da concorrência, para avaliação da cláusula contratual MFN entre plataformas de reserva e hotéis, é saber se os consumidores dos serviços de reservas agem como “*humanos*” ou como “*econos*”. Passaremos então à análise de duas situações concretas nas quais as autoridades da concorrência do Brasil e da Alemanha enfrentaram a questão concorrencial ao mesmo tempo que de forma direta ou indireta consideraram para suas decisões aquilo que consideraram que seria o padrão econômico do consumidor.

#### **4. CASO DAS PLATAFORMAS DE RESERVAS DE HOTEIS SUBMETIDOS AO CADE NO BRASIL.**

No Brasil, a discussão no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) teve início em 2016 e decorreu de representação do Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil sob a alegação de que as plataformas de

reservas Booking.com, Decolar e Expedia estariam violando a ordem econômica (art. 36, I e IV, c/c §3º, III, IV e IX, da Lei n.º 12.529/2011<sup>19</sup>) através da imposição de cláusula de paridade MFN em sua versão mais ampla, ou seja, impedindo que os hotéis pratiquem preços mais baixos em todos os seus canais de venda, bem como por meio de outras plataformas de comercialização.

Foi instaurado inquérito administrativo para apuração dos fatos, seguido de um pedido formulado pela Booking.com para formalização de Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Previamente ao compromisso que viria a ser firmado, a Superintendência-Geral do CADE emitiu uma manifestação opinativa constante na Nota Técnica n.º 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE na qual foram resumidos os argumentos trazidos pelo Fórum dos Operadores Hoteleiros, para quem os efeitos negativos das cláusulas de paridade seriam dois<sup>20</sup>:

*“O primeiro, seria o arrefecimento da competição entre as OTAs com a homogeneização dos preços. Isso porque um hotel não teria estímulo para, mediante negociação de condição comercial mais benéfica, ofertar menores preços na plataforma de uma determinada OTA, quando teria que, obrigatoriamente, oferecer o mesmo preço a todas as outras OTAs concorrentes que praticam tais cláusulas em seus contratos. O efeito prático mais visível desse arrefecimento é que os hotéis acabam ofertando seus quartos pelo mesmo preço nas plataformas de todas as OTAs. O segundo efeito seria elevar as barreiras à entrada de novas OTAs que pudessem entrar no mercado oferecendo menores taxas de comissão aos hotéis em troca de menores preços publicados em sua plataforma.”*

19 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros.

20 Cfr. CADE, 2018. Nota Técnica n.º. 10/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPANj7QXzMNu1d\\_KGU4gMK7pWjhmN1GRFuSjeZe-Xm8SRQqHjaBYH8OIQD-TYMMlm3JfJ9sZ18ucIMkjSn9bwo0f](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPANj7QXzMNu1d_KGU4gMK7pWjhmN1GRFuSjeZe-Xm8SRQqHjaBYH8OIQD-TYMMlm3JfJ9sZ18ucIMkjSn9bwo0f).

Após contextualizar a discussão a nível internacional, citando inclusive a posição da Autoridade da Concorrência Alemã – que em 2015 proibiu o uso de qualquer cláusula de paridade, bem como o posicionamento das autoridades antitruste da Suécia, França e Itália que em coordenação com a Comissão Europeia admitiram a utilização das cláusulas de paridade em sua versão restrita (*narrow clauses*) –, a Secretária Geral do CADE opinou pela aceitação do termo de cessação proposto pela Booking.com que tinha como núcleo central a seguinte disposição:

*“A partir da data de celebração deste Termo de Compromisso, a Compromissária não poderá propor, exigir ou celebrar contrato com fornecedores de acomodações que contenham qualquer das condições de paridade dispostas a seguir.*

*(a) Que exijam de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de tarifa e/ou de condições de reserva em relação a qualquer outro Canal de Reserva Online, excetuando-se aqueles Canais de Reserva Online disponíveis ao público em geral e que sejam controlados, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor da acomodação ou seu grupo econômico. Essa exceção também inclui tarifas ofertadas publicamente por tais Canais de Reserva Online controlados pelo fornecedor da acomodação (ou seu grupo econômico) por meio de Sites de Metasearch.*

*(b) Que exijam de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de tarifa e/ou de condições de reserva em relação a qualquer Canal de Reserva Off-line, desde que não haja divulgação ao público em geral de tarifas ou condições off-line mais vantajosas no Canal de Reserva Online que seja controlado, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor ou seu grupo econômico. Para evitar dúvidas, essa exceção também inclui a divulgação de tarifas de Canal de Reserva Off-line ofertadas publicamente pelo fornecedor da acomodação (ou seu grupo econômico) por meio de quaisquer sites, incluindo de Sites de Metasearch.*

*(c) Que exijam de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de disponibilidade de quartos.”*

A posição nesse caso foi de aceitação das cláusulas MFN na sua versão mais branda, ou seja, admitindo a possibilidade do estabelecimento da paridade nos canais de reserva on-line dos hotéis abertos ao público. Na prática, os hotéis poderiam praticar preços diferenciados nos seus canais *on-line* de acesso restrito, ou nos canais *off-line*, desde que não divulgassem nos

canais *on-line* de amplo acesso a existência dessas condições diferenciadas nos demais meios. Sobre a posição da Superintendência-Geral do CADE, Pereira Neto *et al.*:<sup>21</sup>

*“In this context, with the objective of reaching a fast decision that would generate immediate positive effects in the market, the GS, endorsed by the Tribunal, settled the case with Booking.com, Decolar.com, and Expedia, to prohibit the adoption of “wide” parity clauses, applying the understanding that “narrow” parity clauses represented a balance point between the concerns and motivations of the parties involved. This was expected to bring concrete benefits to the consumer (i.e., greater variety in prices, availability, and booking conditions) and lower barriers to entry for competing OTAs.”*

No ponto 37 da Nota Técnica do CADE, fica bem evidenciado que a posição da autoridade brasileira seria no mesmo sentido e fundamentos da maioria das autoridades europeias, bem como autoridades da Nova Zelândia e Austrália, e fica claro ainda que a decisão tem como fundamento central a necessidade de combater os supostos comportamentos oportunistas dos consumidores e dos hotéis:

*“Do mesmo modo como concluiu o trio de autoridades antitruste europeias, bem como as autoridades da Oceania, esta SG entende que a adoção das cláusulas de paridade restrita, salvo melhor juízo, representa um ponto de equilíbrio entre as preocupações e motivações das partes postas, neste momento, em lados contrários. **Por um lado, esta posição resguarda as OTAs no tocante ao risco dos atores presentes nos dois lados de suas plataformas, fornecedores e consumidores, adotarem um comportamento oportunista em detrimento da satisfação econômica decorrente do uso destas plataformas. Por outro, permite que os hotéis retomem a soberania sobre seus preços e condições comerciais, tudo em um ambiente de maior competição em benefício do consumidor.**” (negrito nosso)*

Significa então que, para a autoridade da concorrência brasileira, os consumidores em um ambiente de máxima liberdade contratual na fixação de preços entre hotéis e plataformas de reservas, teriam uma tendência natural de buscar dentre o leque de opções disponíveis aquela tarifa mais interessante do ponto de vista econômico e que tal propensão implicaria em um risco para as OTAs, a despeito de nenhuma evidência empírica tenha sido demonstrada nesse sentido.

21 Cfr. Pereira Neto, 2022: 637.

Em 27/03/2018 firmou-se o Termo de Compromisso de Cessação de Prática com a Booking.com com validade por três anos, sem a possibilidade de retomada da prática investigada após o término desse prazo, reservando ainda ao CADE o direito de instaurar nova investiga o caso surjam novas evidências da possibilidade de efeitos nocivos a concorrência em razão do uso das cláusulas MFN.

Ponto que merece ser ressaltado em rela o ao caso brasileiro, mas que será fundamental no caso Alemão que em seguida passaremos a analisar, é que no processo que resultou no termo de cessa o de prática não houve uma análise sobre a cota e poder de mercado das OTAs, nomeadamente da Booking.com, fato que não passou despercebido no próximo caso que analisaremos.

## 5. CASO DAS PLATAFORMAS DE RESERVAS DE HOTEIS SUBMETIDOS   AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ALEMÃ (BUNDESKARTELLAMT)

Conforme pontuamos linhas acima, diversas autoridades da concorrência pelo mundo enfrentaram a questão relativa às cláusulas MFN em contratos firmados entre as OTAs e hotéis. O caso alemão ganhou especial destaque pois a autoridade da concorrência local (Bundeskartellamt) tomou em 2015 um caminho diferente daquilo que veio a ser o padrão<sup>22</sup> em diversos países, pois considerou as cláusulas MFN nas versões *narrow* e *wide* como violadoras do direito da concorrência, impedindo que a Booking.com se valesse dessa disposi o contratual.

O entendimento foi no sentido de que a ausência de liberdade para os hotéis causaria um desequilíbrio concorrencial, isso acabaria por desincentivar o estabelecimento de preços diferenciados entre OTA's, diminuindo inclusive a entrada no mercado de novos players, considerando ainda que àquela altura a Booking.com detinha uma cota de mercado de 50-55%. Além disso houve o entendimento de que não se estaria diante da exce o do art. 101. , n.  3, do TFUE, na medida em que não teriam sido comprovados os requisitos da regra, nomeadamente a demonstra o efetiva da ocorrência do efeito carona, o que tornaria a presença da cláusula indispensável para o respectivo mercado.

---

22 Vale lembrar que a maioria dos países àquela altura admitiam as cláusulas MFN na sua versão mais restrita, inclusive tal entendimento guiou a atua o do CADE no Brasil.

Em 2019, a decisão da autoridade da concorrência alemã foi suspensa pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf<sup>23</sup> visto que se tratava de uma mera cláusula acessória que por sua vez não implicaria em violação ao direito da concorrência. Em face dessa decisão, a autoridade da concorrência interpôs recurso direcionado para o Tribunal de Justiça Federal. Nesse momento processual, a Justiça Alemã pediu que a Bundeskartellamt realizasse um estudo sobre o padrão de comportamento dos consumidores afetados pelas decisões em causa.

Em agosto de 2020, os resultados das pesquisas empíricas foram divulgados no documento com o título: *The effects of narrow price parity clauses on online sales – Investigation results from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding*<sup>24</sup>. Os achados da pesquisa realizada abrangendo o período de 2015 e 2018 são absolutamente relevantes não apenas para a análise de casos envolvendo reservas de hotéis, mas para diversas relações jurídicas que tratam de cláusulas de paridade e utilização de plataformas eletrônicas de comércio de bens e serviços, conforme bem explanado da introdução do estudo alemão:

*“In view of the relevance of (narrow) price parity clauses for online hotel platform markets, but also for other platforms in the digital economy, the results of the investigations are of significance beyond the case in question. The prevention or reduction of potential free-riding has played a significant and increasingly relevant role in many international antitrust cases, in particular in cases involving internet-related restraints of competition.”*

Coincidentemente, os estudos realizados acabaram por abranger três períodos distintos em relação ao tipo de cláusula que vigorava. No início do estudo, mais precisamente no período de investigação até o verão de 2015 a regra era a utilização das cláusulas MFN em sua versão mais ampla, posteriormente, até o final de 2015, na versão mais estreita, e a partir de 2016 até 2018 sem qualquer cláusula de paridade de preços.

Essa variação, ao nosso sentir, revelou-se altamente positiva já que foi possível, na maior parte do tempo da pesquisa, analisar o padrão de comportamento do consumidor num ambiente de máxima liberdade de fixação dos

---

23 Cfr. Oberlandesgericht Düsseldorf, 4 de junho de 2019, VI-Kart 2/16 (V); disponível (em alemão) em [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2019/Kart\\_2\\_16\\_V\\_Beschluss\\_20190604.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2019/Kart_2_16_V_Beschluss_20190604.html).

24 Cfr. Bundeskartellamt, 2020.

preços por parte dos hotéis, que seria exatamente o ambiente que segundo as OTAs favoreceria a ocorrência do efeito carona.

A pesquisa realizada centrou-se em três frentes distintas. A primeira numa análise econômica da evolução das plataformas de reservas no cenário do mercado alemão de reservas de hotel, com o objetivo de analisar se as mudanças contratuais relativas à utilização das cláusulas de paridade interferiam no faturamento das plataformas e sua consolidação ou não como um mecanismo utilizado pelos consumidores.

A segunda frente analisou a relação entre as plataformas de reservas e rede de hotéis parceiros com o objetivo de obter dados referentes ao impacto nas receitas dos hotéis das reservas feitas por plataformas de intermediação. O objetivo era entender qual a real importância para os hotéis em estar na rede ofertada pelas plataformas e como isso impacta no faturamento, no comportamento do hotel para ser bem classificado perante os consumidores e estratégias para aumentar sua visibilidade dentro das próprias OTAs.

Por fim, foi analisado o padrão de comportamento dos consumidores diante do mercado que oferece o mesmo produto por inúmeros canais diferentes, com preços e condições também diferenciadas. Esse ponto que interessa em maior amplitude à presente pesquisa, que guarda estreita relação com a economia comportamental e sobre o qual nos debruçaremos, sem descurar dos demais pontos da pesquisa que oportunamente irão sendo revelados.

Numa relação causa-efeito, entendemos que os dois primeiros pontos da pesquisa podem ser entendidos como efeitos causados pelo padrão de comportamento dos consumidores. Isso significa que os números relativos à presença e crescimento das plataformas de reservas na Alemanha, seu poder de mercado, bem como a relação de interdependência entre OTAs e hotéis e suas respectivas estratégias comerciais decorrem do comportamento dos consumidores frente às possibilidades que lhes são colocadas. Em razão disso nos centraremos nesse ponto a partir de agora para somente ao final buscarmos a interseção com os demais.

### **5.1 Comparação de preços**

Um dos objetos da pesquisa junto aos consumidores teve por objetivo saber se eles realizavam uma ampla pesquisa em diversos sítios de internet disponíveis para verificar se estariam reservando o hotel pelo melhor preço, ou seja, o objetivo era aferir o quanto *homo economicus* os consumidores seriam. Nesse ponto da pesquisa, vale salientar, o objetivo não era ainda saber se os

consumidores faziam comparações entre os vários canais do mesmo hotel, mas apenas saber sobre a pesquisa de preços em sentido mais amplo.

Os resultados demonstraram que 2/3 dos consumidores declararam não terem feito pesquisa em diversos locais disponíveis e lhes foi perguntado o motivo pelo qual agiram dessa forma e as 6 respostas mais citadas estão na tabela<sup>25</sup> abaixo.

I did not compare prices because ... (Multiple answers possible)	All consumers	Only consumers who booked on Booking.com
	Weighted proportion	Weighted proportion
It was too much trouble to compare prices on different websites	69%	72%
I found the hotel prices reasonable anyway	67%	69%
Appreciate the provider's booking terms and conditions	50%	56%
I don't think a different website would offer cheaper rates	45%	44%
Booking was particularly convenient because I was already registered	39%	45%
I compared the rates of different hotels on the Internet	37%	38%

A partir das respostas acima citadas, podemos identificar duas características comportamentais objeto de estudo da economia comportamental: *Sobrecarga de informação* e *Excesso de confiança*. A resposta mais citada segundo a qual seria muito complicado comparar em vários *websites* e a justificativa de que o fato de ser registrado no *site* ou plataforma tornaria o processo de reserva mais conveniente revelam uma tendência de sermos pouco proativos quando o processo de escolha da melhor decisão econômica nos exige um pouco de trabalho.

Na prática, acabamos por nos valer de uma forma de decisão que aparenta ser mais fácil do ponto de vista da energia mental a ser gasta no processo decisório. Ou se faz um mínimo esforço ou mesmo nenhum esforço (Viés da Inércia), quando ele sequer revela-se necessário, principalmente quando se estar diante de muitas opções de escolha. Sobre essa multiplicidade de opções Thaler e Sunstein<sup>26</sup>: “as pesquisas no campo das ciências sociais revelam

25 Table 51: Reasons for not comparing prices – weighted

26 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

*que, quando as opções são mais numerosas e/ou contam com variações de muitos aspectos, é mais provável que as pessoas adotem estratégias simplificadoras, o que impacta na arquitetura de escolhas”.*

Iyengar e Lepper realizaram um interessante experimento em um supermercado onde ofereciam aos clientes geleias para que experimentassem e comprassem<sup>27</sup>. Num primeiro momento expuseram 24 tipos diferentes de geleia que poderiam ser provadas e num segundo momento expuseram apenas 6 geleias. Verificou-se que o stand com mais geleias atraiu mais consumidores para a prova (60% pararam) enquanto apenas 40% dos que passaram diante do segundo stand de vendas pararam para provar.

Ocorre que mesmo atraindo mais clientes, o stand com 24 opções não converteu em vendas em número elevado, pois apenas 3% dos que provaram acabaram por comprar uma geleia, enquanto no stand com menos opções, o percentual de venda foi de 30%, ou seja, 10 vezes mais em números percentuais. Isso demonstrou que um significativo número de opções acabou por colocar os consumidores numa posição de decisão complexa, onde o mais fácil era não decidir por nenhuma.

As plataformas de reservas de hotel se valem dessa característica do consumidor fazendo com que ele gaste toda a energia disponível de escolha dentro da própria plataforma, de modo que as informações constantes no próprio site fazem com que o consumidor sinta que a pesquisa de preços já estaria atendida na medida em que se comparou o preço do hotel reservado com os preços de outros hotéis. Se observarmos o sexto argumento da tabela acima, os consumidores afirmaram que já haviam comparado preços de diferentes hotéis na internet, e isso para muitos já seria suficiente para atestar a vantagem dos preços que estavam a contratar com o hotel escolhido.

Além da sobrecarga de informação, conduzindo os consumidores a agir de forma mais fácil em detrimento da melhor alocação dos seus recursos, esse ponto da pesquisa deixa ainda evidenciado o viés do excesso de confiança, que faz com que os consumidores acreditem realmente que estão fazendo o melhor negócio com base nas informações limitadas que detém durante o processo de escolha da acomodação. A segunda resposta mais mencionada pelos consumidores foi no sentido de acreditar que os preços estavam razoáveis e a quarta resposta foi no sentido de não acreditar que em algum outro lugar conseguiriam melhores tarifas.

---

27 Cfr. Iyengar & Lepper, 2000.

Os argumentos apresentados pelos consumidores são completamente subjetivos e com muito pouca ou nenhuma base racional. Acreditar numa razoabilidade dos preços nos parece que se situa muito mais no campo da disposição de pagar que no campo da vantajosidade econômica propriamente dita. A crença de que não haveria em outro lugar preços melhores é pura manifestação do excesso de confiança sem nenhuma base empírica, pois tal aferição somente poderia ser tomada se efetivamente o consumidor realizasse uma pesquisa mínima, comparando preços exatamente da mesma acomodação que efetivamente reservou.

Um dos possíveis fatores que fazem com que os consumidores ajam dessa maneira irracional ocorre por conta daquilo que Thaler e Sunstein denominam filtro colaborativo da arquitetura de escolhas, na qual as escolhas são baseadas em experiências anteriores de outros usuários com perfil semelhante ao nosso. Nas plataformas de reservas, os usuários são classificados por grupos: família, casal, viajante individual, etc. A ideia dessa classificação é criar perfis de usuários de modo que os novos possam de enxergar naqueles que já tiveram experiências anteriores e a partir daí, realizar escolhas que julgam ser mais assertivas. Segundo os autores<sup>28</sup>:

*“O filtro colaborativo é uma tentativa de resolver um problema da arquitetura de escolhas. Se sabemos do que pessoas feitas nós costumam gostar, podemos nos animar e escolher produtos que não conhecemos porque pessoas como nós tendem a gostar. O filtro colaborativo vem facilitando algumas decisões difíceis para muitas pessoas.”*

Nessa arquitetura de escolhas baseada nas informações de outras pessoas favorece ainda o que Ariely denominou de “Prova Social”<sup>29</sup>, que ocorre quando as ações de terceiros influenciam nas nossas ações por acreditarmos que os outros assim agiram por deterem maiores informações acerca do fato, produto ou serviço e por isso tendemos a seguir comportamentos já realizados por outrem. Baojun Gao, Nan Hun e Indranil Bose (*apud.* HU e YANG) associam esse comportamento ao que se denomina efeito manada<sup>30</sup>:

---

28 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

29 Cfr. Ariely, 2008.

30 Cfr. Hu & Yang, 2019: 3.

*“According to the theory of herding behavior, consumers are more likely to imitate predecessors’ behavior in considering/booking a hotel with more recent booking times due to presumed lower uncertainty and stronger trustworthiness of that hotel.”*

Masiero *et al.* apontam que outra técnica bastante utilizada que leva os consumidores a agirem de forma mais instintiva que racional e é bastante utilizada pelas OTAs é a informação da limitada disponibilidade de acomodações disponíveis em determinado hotel em decorrência de uma suposta realidade de grande procura por determinada acomodação<sup>31</sup>. Para Hu e Yang<sup>32</sup>, os consumidores tendem a atribuir mais valor a um produto ou serviço quanto mais baixa a disponibilidade, fazendo com que ele seja mais atraente.

A influência da arquitetura de escolhas colocada à disposição dos consumidores em plataformas de hotéis efetivamente faz com que o processo de decisão se concentre dentro da própria plataforma de modo que, embora não possamos afirmar que isso invariavelmente causará uma má escolha para o consumidor, o fará realizar uma tomada de decisão com as informações que a própria OTA quer que ele tenha acesso sem precisar que busque informações exteriores, inclusive quanto ao preço.

## **5.2 Primeiro contato com a acomodação e escolha**

Uma das informações colhidas na pesquisa da Bundeskartellamt foi a relação entre o canal de reserva do hotel e o fato do consumidor já conhecer ou não a respectiva acomodação. A ideia era saber se existiria alguma relação entre o fato de o consumidor já ter utilizado o serviço de um hotel específico e a escolha do modo de reserva da acomodação em uma nova oportunidade. Os primeiros números mostram que a maioria dos consumidores entrevistados (62,26%) estavam a reservar uma acomodação que nunca haviam conhecido, enquanto (37,48%) tendiam a reservar acomodações que já conheciam<sup>33</sup>.

Quando se comparou esses números com o canal de reserva utilizado, percebeu-se uma dinâmica diferente entre os consumidores, pois aqueles que não conheciam a acomodação e a encontravam pela primeira vez majoritariamente efetivaram a reserva por meio das plataformas de reservas (OTAs),

---

31 Masiero *et al.*, 2020, n.p.

32 Cfr. Hu & Yang, 2019.

33 Table 40: Accommodation known prior to Booking.

enquanto aqueles que já eram clientes da acomodação majoritariamente reservaram pelo próprio canal de reservas do hotel<sup>34</sup>.

	Hotel known prior to booking	Hotel not known prior to booking	No answer given /Don't know		Total
Hotel website / hotel app (real-time booking facility)	63.08%	36.73%	0%	0.2%	100%
Booking.com	27.67%	72.06%	0.11%	0.16%	100%
Expedia	19.44%	78.33%	2.24%	0%	100%
HRS	46.97%	53.03%	0%	0%	100%
<b>Total</b>	<b>37.48%</b>	<b>62.26%</b>	<b>0.12%</b>	<b>0.14%</b>	<b>100%</b>

Os dados acima revelam uma relação direta com a confiança do consumidor no alojamento com o fato dele optar por ou não por reservar no próprio canal de reservas do hotel. O consumidor que não conhece o alojamento prefere reservar por meio das plataformas de reservas, pois a confiança nesse caso refere-se à OTA na qual o hotel foi encontrado. Se cruzarmos os dois dados mencionados nesse tópico fica evidenciado uma grande vantagem para as grandes plataformas de reservas, já que a maioria dos consumidores reserva hotel que nunca lá esteve, e nesse caso as reservas são efetivadas majoritariamente pelas plataformas de reservas, como Booking.com, Expedia e HRS.

Assim, o viés da confiança também deve ser considerado no âmbito das plataformas de reservas de hotel. O fato de confiar em alguém ou em alguma empresa faz com que tenhamos maior propensão a querer manter uma relação e também a minimizar as falhas morais ou desconsiderá-las. Agaga et El-Masry relatam que o fator confiança do consumidor de serviços de hotéis é fundamental para o sucesso do relacionamento com os clientes e sugerem àqueles de operam plataformas de reservas<sup>35</sup>:

*“First, the knowledge of the antecedents of consumer trust, commitment, attitude and the influence of these factors on intentions to book hotel online is useful for managers who should develop strategies and actions aimed at increasing the consumer trust, commitment and attitude towards their websites and, consequently, the consumers’ intentions to book hotel online.”*

34 Table 41: Accommodation known prior to booking broken down by booking channel – raw data record.

35 Cfr. Agaga & El-Masry, 2016: 63.

Se analisarmos outro dado, a vantagem da Booking.com se mostra ainda significativa, pois a maioria dos consumidores que encontraram sua acomodação pela primeira vez na internet, 67.72% encontraram na plataforma Booking.com.<sup>36</sup> Para se ter uma ideia do poder da plataforma no mercado de reservas, na mesma tabela, o Google possui um percentual de 6.99%, ou seja, em busca de hotéis a Booking.com supera em quase 10 vezes a maior plataforma de buscas em geral do mercado.

Em resumo, o padrão de comportamento do consumidor nesse aspecto é o seguinte: 1) os consumidores em sua grande maioria reservam hotéis nos quais nunca se hospedaram, o que é natural já que a maioria das pessoas viajam para lugares onde nunca esteve; 2) o lugar onde mais se busca e se encontra esses hotéis é na Booking.com e 3) encontrando o hotel pela primeira vez, os consumidores em sua maioria reservam por meio da plataforma de reserva onde o encontraram, e não nos canais de venda da própria acomodação.

### **5.3 Relação entre o local onde a acomodação foi encontrada com a efetivação da reserva.**

Vimos nas duas seções anteriores que os consumidores em sua maioria não realizam uma ampla pesquisa de mercado antes de decidir sobre a acomodação que irão reservar, como também existe uma estreita relação entre o local onde foi encontrada a acomodação pela primeira vez e o canal de efetivação das reservas, tudo favorecendo o mercado das OTAs, considerando o padrão de comportamento dos consumidores nos aspectos relacionados.

Embora já possamos falar em indícios de uma fraca hipótese de *free riding* no contexto delineado, uma outra informação trazida na pesquisa é fundamental para comprovação da ocorrência ou não do efeito carona. A questão era saber se os consumidores que encontram seu hotel de preferência mediante busca no Booking.com efetivamente reservam dentro da plataforma ou se consolidaram a reserva em outros canais, sejam outras OTAs, seja nos sites diretos das acomodações.

Uma informação que reputamos importante ressaltar é que na maior parte do período da pesquisa realizada, não estava em vigor qualquer regra de paridade de preços, de modo que os hotéis poderiam fixar livremente as suas tarifas e divulgá-las amplamente em qualquer canal de vendas (*on-line* e *off-line*).

Os números revelaram que 99.02% dos consumidores que encontraram o hotel pela primeira vez na Booking.com realizaram a reserva por meio

---

36 Tabela 44 – Bundeskartellamt – Relatório de investigação sobre as cláusulas de paridade de preços.

da própria plataforma, e somente 0.68% encontraram o hotel na Booking.com e reservaram diretamente no site do respectivo hotel, demonstrando de forma bem clara a quase inexistência do efeito *free riding* num contexto de inexistência de cláusulas de paridade de preço em todas as suas versões (*narrow and wide*).

Location where the accommodation was found	Booking channel / booking location <sup>37</sup>				Total
	Hotel website	Booking	Expedia	HRS	
Booking.com	0.68%	<b>99.02%</b>	0.2%	0.11%	100%
Expedia	0%	0%	<b>100%</b>	0%	100%
HRS	3.6%	2.78%	0%	<b>93.63%</b>	100%
Google	<b>47.34%</b>	37.94%	4.05%	10.67%	100%
Trivago	13.1%	11.36%	<b>45.05%</b>	30.49%	100%
TripAdvisor	0%	<b>100%</b>	0%	0%	100%
Check24	22.78%	<b>61.74%</b>	0%	15.48%	100%
AirBnB	<b>100%</b>	0%	0%	0%	100%
Hotel.de	<b>100%</b>	0%	0%	0%	100%
hotels.com	0%	100%	0%	0%	100%
holidays.hrs.com	100%	0%	0%	0%	100%
Another website	<b>49.61%</b>	42.89%	0%	7.5%	100%
No answer given	45.9%	54.1%	0%	0%	100%
Don't know	33.91%	60.73%	0%	5.36%	100%
<b>Total</b>	<b>10.34%</b>	<b>78.06%</b>	<b>2.13%</b>	<b>9.48%</b>	<b>100%</b>

A tabela acima demonstra que a concorrência travada entre a Booking.com e os canais de reservas dos próprios hotéis por novos clientes não ocorre dentro da OTA e sim no âmbito de busca no Google. Isso revela um padrão de comportamento bem interessante, pois parte dos consumidores que reservam por meio das plataformas das acomodações diretamente têm por regra a busca prévia no Google e daqui alguns consumidores migram para o Booking.com. O caminho Booking.com para plataforma da acomodação foi

37 Tabela 46: Justaposição do local onde se encontrou o alojamento e o canal de reserva utilizado/ local de reserva – registo de dados ponderados.

praticamente inexistente, não se podendo falar em parasitismo a ser combatido pelo Direito da Concorrência.

A racionalidade econômica do consumidor, argumento amplamente utilizado pelas plataformas de reserva de hotéis, não foi observada em larga medida pela pesquisa realizada. Pelo contrário, o consumidor foi submetido a uma arquitetura de escolhas relativamente complexa e repletas de *nudges*, ou seja, de estímulos para determinadas tomadas de decisão se valendo do chamado viés da conformidade, resumido por Thaler e Sunstein<sup>38</sup>: “*o que podemos concluir disso é que humanos são facilmente influenciados por outros humanos. E por quê? Um motivo é nossa busca pela conformidade*”.

O bombardeamento de informações (fotos e textos) de uma rede considerável de consumidores causa um efeito comportamental significativo, de modo que os autores comportamentais acima citados asseveram que no âmbito da arquitetura de escolhas um excelente *nudge* é bem simples, basta dizer a quem está prestes a tomar uma decisão o que as outras pessoas estão fazendo. Nesse caso, a informação em sua grande maioria é sobre viagens incríveis, em lugares perfeitos e experiências inigualáveis, tanto que os autores da economia comportamental alertam<sup>39</sup>:

*“Para que fique claro, estamos afirmando que em todos os âmbitos da vida os arquitetos de escolhas têm incentivos para orientar os usuários nas direções que beneficiam os próprios arquitetos (ou que beneficiam as empresas que os empregam), e não os próprios usuários.”*

Além disso, não podemos esquecer que outras ferramentas de venda *on-line* são amplamente utilizadas pelas plataformas de comércio como os programas de fidelização para fins de acúmulo de pontos, descontos progressivos, vantagens adicionais (*early check-in*, *late check-out*, café da manhã, dentre outros). Soma-se a isso o pesado investimento em marketing e captura de dados acerca do perfil de consumo dos potenciais clientes, que posicionam as grandes OTAs, em termos de uso de tecnologia, bem a frente das redes de hotéis, cuja comercialização das acomodações é apenas uma das partes do negócio, pois além disso, a operação compreende uma série de atividades outras.

Outra ferramenta bastante utilizada pelas OTAs é o conhecimento e as pesquisas já realizadas sobre o comportamento dos usuários de sites de busca como o Google. Há inúmeros estudos comprovando que os usuários

---

38 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

39 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

de buscadores muito raramente passam das 3 primeiras páginas do resultado das pesquisas<sup>40</sup>, e as plataformas de reservas sabem dessa característica e dela se valem porque não deixam de guardar similitude com os buscadores tradicionais, no sentido de que o consumidor apresenta uma demanda que logo é seguida de uma resposta em muitas páginas e opções a serem escolhidas<sup>41</sup>.

De fato, o comportamento do consumidor é sensivelmente explorado pelas plataformas de reservas e a isso se deve grande parte do sucesso que apresentaram na última década, se consolidando como o principal meio através do qual os consumidores de serviços hoteleiros realizam as suas reservas praticamente em todo o mundo. Dessa forma, não há como o Direito da Concorrência desconsiderar essas características de consumo peculiares desse mercado, quando diante de questões concorrenciais postas a análise, tais como as cláusulas de paridade objeto do presente estudo.

#### **5.4 Outras considerações relevantes sobre o estudo realizado pela autoridade da concorrência alemã.**

Vimos do início do nosso texto que a pesquisa alemã foi dividida em 3 partes e que nos concentraríamos na terceira que guarda relação direta com o tema da economia comportamental que se desenvolveu. Os dois outros temas, entretanto, são de significativa importância para o direito da concorrência, nomeadamente o primeiro que fez uma análise econômica da evolução das plataformas no mercado alemão e seu poder de mercado nos últimos anos, de modo que traremos algumas conclusões que reputamos interessantes nesse momento.

Inicialmente, verificou-se na pesquisa realizada que os entre 2013 e 2017 as plataformas de reservas tiveram um crescimento de 80 a 90%. A booking.com especificamente tinha uma participação no mercado alemão de 10-15% em 2013, passou 60-65% em 2017, com um crescimento anual médio de 20%, inclusive num contexto de inaplicabilidade de cláusulas de paridade de preços. Os números da Expedia demonstram também um crescimento exponencial, com seu faturamento em comissões dobrando entre 2012 e 2017.

---

40 Segundo o estudo da autoridade da concorrência alemã (Parágrafo 170), 70.8% dos consumidores que reservam por meio de plataformas, escolhem os hotéis classificados entre 1 e 5 na lista de resultados.

41 Atualmente, a Booking.com deixa uma informação bem clara no seu buscador sobre os fatores que influenciam no posicionamento das acomodações no seu sistema de busca. Informam ao consumidor que o ranking padrão (realizado sem qualquer filtro do consumidor) depende da taxa de cliques, reservas brutas e reservas líquidas, além do valor pago de comissão, rapidez no pagamento e participação em programa de parceria. [https://www.booking.com/content/how\\_we\\_work.pt-br.html](https://www.booking.com/content/how_we_work.pt-br.html)

Além desses números, outros fatores apontados na pesquisa revelaram um franco crescimento das plataformas de reserva na Alemanha. O número de funcionários vem aumentando significativamente e o número de hotéis parceiros também, de modo que a Booking.com, por exemplo, dobrou o número de hotéis parceiros entre os anos de 2013 e 2017. Em resumo, o relatório apontou<sup>42</sup>:

*“Against the backdrop of the investigation results, it is not apparent in summary that Booking.com’s turnover and market position on the German hotel platform market were adversely affected by the removal of the broad price parity clause or the prohibition of the narrow price parity clause. On the contrary, Booking.com has always managed to increase turnover, booking figures and the number of contracting partners in recent years. Booking.com has by far the highest market coverage of hotels located in Germany. This economic success is also mirrored by the fact that it has greatly increased its number of employees. In addition, Booking.com obviously continues to have considerable financial opportunities in the online advertising sector.”*

Esse ponto nos leva à última parte da pesquisa que analisou junto aos hotéis parceiros qual a relação deles com as plataformas de reservas, o que elas representam no faturamento dos alojamentos e qual o grau de dependência que têm em relação a elas. Em relação especificamente ao Booking.com os resultados<sup>43</sup> demonstram um grau de imprescindibilidade significativo:

Presence on Booking.com	All accommodaions		Accommodations ≤ 21 rooms		Accommodations ≤ 100 rooms	
	Number	Percentage	Number	Percentage	Number	Percentage
Is virtually indispensable in economic terms for the my hotel room sales	160	64.5%	77	63.1%	25	83.3%
Is important for my hotel but we could also manage with-out it	73	29.4%	38	31.1%	04	13.3%
Has no tangible effect on bookings	12	4.8%	7	5.7%	01	3.3%
Is an economic disadvantage for my hotel	3	1.2%	0	0%	0	0%
<b>Sum total</b>	<b>248</b>	<b>100%</b>	<b>122</b>	<b>100%</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

42 Cfr. Bundeskartellamt, 2020: 14.

43 Tabela 22: Relevância do Booking.com para as acomodações.

Interessante observar ainda nesses números que se fez uma separação das pequenas acomodações (menos de 21 quartos) e das grandes acomodações (mais de 100 quartos), e o Booking.com se revelou mais essencial aos grandes hotéis, que pelo menos em tese, teriam maiores condições econômicas de criar mecanismos de divulgação e reserva de apartamentos autônomos, programas de fidelização, dentre outros mecanismos comerciais.

Ainda se revelou na pesquisa que a grande maioria das acomodações pesquisadas desenvolvem estratégias para obterem boas avaliações no Booking.com, bem como mecanismos para aumentar o quantitativo de reservas feitas pela plataforma líder<sup>44</sup>. Sobre esse grau de dependência das acomodações em relação à Booking.com, um estudo de Abdullah *et al.* envolvendo centenas de acomodações na Bélgica confirma os achados da Autoridade da Concorrência da Alemanha<sup>45</sup>:

*“The findings clearly demonstrate a statistically and economically important positive effect on profitability among hotel properties that participated in Booking.com compared to those that did not, suggesting that participation in OTAs is a net positive for hotel properties and that the resulting revenues outweigh the costs involved.”*

Se alinharmos o comportamento do consumidor que explanamos nos tópicos anteriores, considerando os vieses cognitivos e heurísticas comportamentais, considerando o modo com os hotéis se relacionam com as plataformas de reservas, nomeadamente o Booking.com, e o crescimento no mercado dessas empresas, fica evidenciado o discreto efeito *free-riding* teoricamente propiciado pela aplicação das cláusulas de paridade de preços.

### **5.5 Desfecho do processo Alemão envolvendo as plataformas de reservas.**

Como já explanamos acima, a decisão inicial em 2015 da Autoridade da Concorrência Alemã que impedia a utilização das cláusulas MFN foi suspensa pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf. Em face dessa decisão, a Bundeskartellamt apresentou recurso à Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof), que acabou por concordar com os fundamentos em maio de 2021<sup>46</sup>, confirmando a posição da Autoridade da Concorrência no sentido

44 Vide Tabela 23. Medidas destinadas a melhorar o posicionamento do hotel no Booking.com

45 Cfr. Abdullah, 2022: 1035.

46 Cfr. Bundesgerichtshof bestätigt Unzulässigkeit der “engen Bestpreisklauseln” von Booking.com, disponível em: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021099.html>

de que a utilização das cláusulas MFN por parte da Booking.com, viola as normas europeias da concorrência.

A Bundesgerichtshof não concordou com a ideia de as cláusulas seriam uma espécie de contrato acessório indispensável ao contrato de agência, logo não seria isenta ao disposto no art. 101.º, n.º 1 do TFUE, como também entendeu pela inaplicabilidade do regulamento de exceções verticais da Comissão Europeia, visto que a Booking.com teria uma cota superior a 30% do mercado relevante no segmento de plataformas de hotéis na Alemanha. Ainda julgou inaplicável a exceção individual do art. 101.º, n.º 3 do TFUE, ponderando-se, por exemplo, os números que demonstraram o franco crescimento da plataforma num contexto em que as cláusulas de paridade não estavam sendo aplicadas.<sup>47</sup>

## 6. ECONOMIA COMPORTAMENTAL E AVALIAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS

Os casos analisados no presente relatório demonstram que as respectivas autoridades da concorrência proferiram decisões (no caso do Brasil, parecer favorável seguido de um acordo de cessação de prática), tendo em conta aquilo que presumiam ser o comportamento dos consumidores dentro da realidade posta em causa. Isso por si demonstra a importância da economia comportamental para o direito da concorrência, não apenas nos casos envolvendo plataformas de reservas de hotéis, mas para qualquer situação que envolva economia digital.

Os grandes players do mercado digital estão a investir muitos recursos em estudos para entender como a mente dos consumidores funciona e a partir daí obter o padrão de comportamento desejado para o desenvolvimento de seus negócios. O direito da concorrência e seus aplicadores, notadamente as autoridades da concorrência, não podem ficar para trás e devem compreender o comportamento dos consumidores, pois a partir daí poderão proferir decisões mais assertivas.

Akman, em estudo empírico comportamental realizado com mais de 11.000 consumidores, em uma dezena de países em todos os 5 continentes,

---

47 Já há notícias que após a decisão da justiça alemã confirmando o entendimento da autoridade da concorrência, alguns hotéis estão ajuizando ações civis de reparação de danos em face da Booking.com por ter utilizado ilegalmente as cláusulas de paridade de preços. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/DMA%2520-%2520Paper%2520conjunto%2520da%2520ECN.pdf>

incluindo o Brasil, advertiu sobre a necessidade de as autoridades da concorrência estarem atentas aos fenômenos comportamentais<sup>48</sup>:

*“Behavioural economics demonstrates that the way in which choices are presented to people— “choice architecture” —can have large effects on the choices that people make. In the online platform context, a “nudge” to use a particular browser as a default, for example, can entrench the position of that browser. Similarly, empirical research has identified “dark patterns” used by some websites which exploit cognitive biases of consumers such as default and framing effects. The importance and relevance of defaults to competition in online platform markets have, indeed, received substantial attention from authorities recently, as discussed below.*

(...)

*Finally, empirical evidence from the demand side can contribute to a better understanding of market conditions and competition on the supply (i.e., business user) side of platform markets where the platform provides a service to business users (in competition with other platforms) to, for example, “match” them with consumers.”*

Segundo a OCDE (2012), as Autoridades da Concorrência podem utilizar a economia comportamental de inúmeras formas e compreender o “mundo real” diferentemente do que seria possível com a utilização das bases da economia neoclássica, considerando que essa oferece um padrão estático dos agentes econômicos.

Além disso, a organização propõe que na análise de casos poderia ser realizada com base em 4 cenários diferentes: o primeiro, partindo da premissa que empresas e consumidores seriam racionais; num segundo que pressupõe a maior racionalidade das empresas que dos consumidores; um terceiro pressupondo uma racionalidade limitada das empresas; e um quarto e último segundo o qual tanto empresas como consumidores seriam guiados por vieses e heurísticas diversas. Especificamente em relação ao processo de tomada de decisão objeto da presente pesquisa a OCDE (2012)<sup>49</sup> enfatiza:

*“Another important contribution of behavioural economics concerns search costs. The question of when does competition in the sense of additional entry into the market help consumers relates to the question of search because as long as consumers search properly to obtain the best deal according to their preferences, additional entry can never harm*

48 Cfr. Akman, 2021: 37.

49 Cfr. OECD, 2012: 8.

*consumers. In contrast, when search is impaired, some consumers will not search at all, or will make errors in the search process. In such a situation additional entry can harm consumers. It is so because when search is impaired, firms typically have two strategies: they can either focus their efforts on the mass searching consumers or they can exploit the consumers who do not search. Behavioural economics can help competition authorities understand what is driving search cost, how search is impaired through such practices as shrouding or drip pricing. This is a clear example of where intuition from the neoclassical models can be enhanced by behavioural economics.”*

Os avanços dos estudos da economia comportamental não podem ser desconsiderados no ambiente da concorrência, pois embora muitas práticas comerciais que se utilizam das técnicas comportamentais sejam legítimas, e em alguns casos até auxiliem o consumidor no processo de tomada de decisão, não raras vezes também a irracionalidade humana é utilizada para obtenção de vantagens de legitimidade questionável, e isso deve ser analisado nos casos concretos postos à apreciação sob o enfoque do direito da concorrência.

## 7. CONCLUSÃO

Vimos no presente relatório que o ser humano do ponto de vista econômico pode ser considerado um ser que age com máxima racionalidade como preceitua a economia tradicional, ou seja, aquele que busca a máxima eficiência na alocação dos seus recursos, buscando a maximização do bem-estar, considerando todas as alternativas possíveis quando diante de um processo de escolha.

Já a economia comportamental, corrente mais recente que parte da interação entre economia e psicologia, irá tratar o ser humano como alguém que no processo de tomada de decisão age guiado por heurísticas (atalhos mentais) e vieses cognitivos (falhas de julgamento) que fazem com que a irracionalidade humana aflore através de condutas intuitivas e instintivas, manifestando um ser econômico bem diferente do primeiro modelo acima mencionado, visto que essas características cognitivas os farão tomar decisões que podem até ser desvantajosas economicamente.

Partindo dessas premissas, vimos que a temática interessa ao direito da concorrência na medida em que a proteção do consumidor se encontra dentro do espectro de sua atuação. Assim, compreender o processo de tomada de decisão, mais especialmente no contexto da economia digital, mostra-se

imprescindível àqueles que aplicam o direito concorrencial, nomeadamente as autoridades de concorrência, para quem tem sido postos inúmeros desafios da “era digital”.

Escolhemos uma prática específica para ilustrar nossa pesquisa, a análise da utilização das cláusulas de paridade de preços praticadas por plataformas de reservas de hotéis como Booking.com, Decolar, Expedia, dentre outras. Por meio dessas cláusulas, que podem assumir versões “*wide*” ou “*narrow*”, as plataformas impõem aos hotéis com quem têm contrato a obrigação de não oferecer melhores preços em seus próprios canais de reserva que os preços praticados por meio das plataformas.

Trata-se de uma relação vertical, entre pessoas que se situam em diferentes estágios da cadeia de fornecimento de serviços. Segundo as plataformas de reservas, o estabelecimento da cláusula de paridade seria necessário para evitar o efeito carona ou “*free-rider*”, pois, segundo defendem, o consumidor tendo acesso a melhores condições nos canais de venda da própria acomodação optaria pela melhor alocação dos seus recursos e o hotel se beneficiaria do fato de estar presente na plataforma de onde os clientes seriam desviados para o hotel, em prejuízo das plataformas.

Passamos então a analisar dois casos concretos que foram submetidos a diferentes autoridades da concorrência. O primeiro foi o caso submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no Brasil e que resultou em um acordo com a Booking.com, que permitia a manutenção das cláusulas estreitas de paridade “*narrow clauses*”. Vimos que a apreciação do CADE, seguindo um movimento similar de várias autoridades da concorrência pelo mundo, pressupunha que o consumidor agiria com máxima racionalidade, logo, a retirada da cláusula favoreceria o efeito carona.

O segundo caso em análise ocorreu na Alemanha, quando a Bundeskartellamt, autoridade da concorrência germânica apreciou exatamente a mesma situação, mas com desfecho diverso. Considerou-se violadora das regras da concorrência o estabelecimento de cláusulas de paridade em qualquer uma de suas versões, estreita ou ampla. Após a suspensão da decisão da autoridade da concorrência em primeira instância pela justiça alemã, encomendou-se um estudo para compreender o comportamento dos consumidores no caso concreto.

Os resultados demonstraram que os consumidores de serviços hoteleiros que utilizam plataformas de reserva agem com pouca racionalidade econômica e o efeito carona praticamente seria inexistente naquele país, de modo que a ausência das cláusulas de paridade não prejudicaria em nada as

plataformas de hotéis, mas apenas prejudicavam a liberdade dos hotéis em fixar seus preços e conseqüentemente os consumidores que não desfrutariam de uma concorrência livre que propiciaria melhores preços.

Verificou-se ainda que nos últimos anos as plataformas de reservas, notadamente a Booking.com manteve crescimento significativo, se consolidando como principal canal de reservas de hotéis na Alemanha, atingindo uma cota de mercado de 60-65%. Diante de todas essas informações, o Tribunal Federal de Justiça Alemão restabeleceu em 2021 a decisão da Bundeskartellamt.

Restou claro que, no Brasil, o CADE poderia ter chegado a conclusões completamente diferentes das que adotou no caso concreto, se houvesse tido suporte em premissas comportamentais, buscando compreender, através de estudos encomendados, sobre o padrão de comportamento do consumidor brasileiro que utiliza as plataformas de hotéis. Embora não se possa de forma apriorística concluir que a decisão do CADE seria exatamente a mesma que fora adotada na Alemanha, pois dependeria do resultado de estudos similares aos feitos naquele país, sem dúvida seria uma decisão mais qualificada, já que proferida com base em evidências.

Em se tratando de prática potencialmente restritivas da concorrência por efeito, a demonstração dos cenários com e sem a cláusula contratual em debate exigiria do CADE um esforço adicional que demonstrasse a realidade fática e sua possível variação no tempo. Se o argumento central sustentado pelas OTA's tinha como pressuposto básico um comportamento do consumidor que favoreceria a ocorrência do efeito "free rider", nada mais razoável do que confrontar esse argumento, ou quem sabe confirmá-lo, através de estudo técnico apropriado.

O CADE, em nossa opinião, teria plenas condições logísticas e orçamentárias para realizar as investigações necessárias para trazer a melhor decisão possível à sociedade brasileira, o que ainda pode ser feito, considerando que o termo de compromisso firmado tem prazo de validade específico e definido, que não impede que o CADE retome a discussão, dessa vez com suporte em dados empíricos que podem ser produzidos com amostras oriundas de diversas partes do país, considerando as dimensões continentais do Brasil.

Somado a tudo que foi explanado, há diversos estudos da OCDE no sentido de que a economia comportamental pode oferecer valiosos subsídios ao direito da concorrência, pois através dessa perspectiva de análise do comportamento humano no processo de tomada de decisão seria possível antever os efeitos reais dos fenômenos econômicos e a partir daí se tomar decisões mais assertivas acerca da aplicação das regras da concorrência.

Por outro lado, manter-se preso a padrões de comportamento pré-estabelecidos pela economia neoclássica, e a partir deles pressupor, sem base empírica, qual seria o comportamento dos agentes econômicos pode resultar em decisões ou acordos que aparentemente ofereceriam mais eficiência ao mercado, mas que na verdade estão a favorecer significativamente uma parcela da cadeia de distribuição em detrimento de outra e de forma reflexa aos destinatários finais do produto ou serviço.

Se há base científica suficientemente estabelecida no âmbito da economia comportamental que possibilitaria ao CADE investigar o caso com mais profundidade, se valendo de metodologia adequada para validação dos resultados, não há motivo aparente para que tal expediente não seja realizado. Dessa forma, tanto o presente caso, como também as situações submetidas no futuro à autoridade da concorrência brasileira podem seguramente ser submetidas ao estudo científico comportamental, caso haja no seu bojo discussão sobre o comportamento de agentes econômicos envolvidos na prática potencialmente anticoncorrencial sob análise.

## BIBLIOGRAFIA

ABDULLAH, Saddam *et al.*

2022 “The indirect distribution dilemma: assessing the financial impact of participation in Booking.com for hotels”, in *Tourism Review*, vol. 77, n.º 4, pp. 1024-1042

AGAGA, Gomaa & El-Masry, Ahmed A.

2016 “Understanding the determinants of hotel booking intentions and moderating role of habit”, in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 54, pp. 52-67

AKHTAR, Naeem *et al.*

2020 “Unveiling the effects of figurative meanings in manipulated online hotel reviews on consumers’ behavioral intentions”, in *Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics*, vol. 32, n.º 8, pp. 1799-1821

AKMAN, Pinar

2022 “A web of paradoxes: empirical evidence on online platform users and implications for competition and regulation in digital markets” in *Virginia Law & Business Review*, vol. 16, n.º 2, pp. 217-292

ARAÚJO, Fernando

2007 *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra: Almedina

- 2021 *Introdução a Economia V. I*, 4. ed., Lisboa: AAFDL
- 2022 *Introdução a Economia V. II*, 4. ed., Lisboa: AAFDL
- ARIELY, Dan
- 2008 *Predictably Irrational*, Nova Iorque: HarperCollins
- ASCENSIO, Hervé
- 2018 *Droit International Economique*, Paris: Presses Universitaires de France
- AVANZI, Dante *et al.*
- 2020 “Uso De Vieses Cognitivos Em Ativações De Merchandising E O Efeito Nas Vendas Nos Supermercados” in *Revista de Administração de Empresas*, vol. 60, n.º 4, pp. 267-272
- AVILA, Flávia & BIANCHI, Ana Maria (orgs.)
- 2015 *Guia de Economia Comportamental e Experimental*, São Paulo: Economia-comportamental.org
- AVILA, Francisco E. Beneke
- 2022 “The German Federal Supreme Court’s Judgment in Booking.com as a Case Study of the Limitations of Competition Law” in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. IIC 53, pp. 1374-1386
- AZEVEDO, Yuri Gomes Paiva *et al.*
- 2021 “A influência da capacidade cognitiva nos vieses cognitivos gerados pela heurística da representatividade” in *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, vol. 23, pp. 180-205
- BUCHANAN, James
- 2020 *Razões para as regras. Porque o sistema cria regras tão previsíveis*. Amazon Digital Services
- 2021 *Custo e Escolha: uma indagação em teoria econômica*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal
- BUNDESKARTELLAMT
- 2013 *Decision in The Administrative proceedings* de 20 de dezembro de 2013, hotel portal Market, B9-66/10
- 2020 *The effects of narrow price parity clauses on online sales – Investigation from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding*, Bonn: Bundeskartellamt, Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe\\_Digitales\\_VII.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_VII.pdf?__blob=publicationFile&v=3)
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)
- 2018 Nota Técnica de 20 de março de 2018, n.º 10/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE

- CARLTON, Dennis W. & CHEVALIER, Judith A.  
 2001 “Free Riding and Sales Strategies for the Internet” in *The Journal of Industrial Economics*, vol. 49, n.º 4, pp. 441-461
- EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN)  
 2021 “O papel das autoridades nacionais da concorrência no reforço do regulamento dos mercados digitais (DMA)”, *Paper Conjunto dos Presidentes das Autoridades Nacionais da Concorrência da União Europeia*
- EZRACHI, Ariel  
 2015 “The competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce” in *Oxford Legal Studies*, Research Paper n.º 55
- FERRAZ, Daniel Amin  
 2013 “A Jurisprudência Norteamericana e Europeia sobre os Acordos Horizontais e Verticais: Substrato para Análise da Matéria no Brasil” in *Brazilian Journal of International*, vol. 10, n.º 1, pp. 232-ss
- FREIRE, Paula Vaz  
 2008 *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, Lisboa: AAFDL
- HEINEMANN, Andras  
 2014 “Behavioural trust: a more realistic approach to competition law” in Klaus Mathis *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer: Lucerne
- IYENGAR, Sheena S. & LEPPER, Mark R.  
 2000 “When Choice Is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing?” in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 79, n.º 6, pp. 995-1006
- 2012 *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, Rio de Janeiro: Editora Rocco
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack & THALER, Richard H.  
 1991 “Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias” in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n.º 1, pp. 193-206
- KIM, Jong Min; LIU, Jiahao & YOUSAF, Salman  
 2023 “Does change in the scoring system impact service evaluation? Evidence from Booking.com” in *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, vol. 35, n.º 3, pp. 828-847
- LEFEVRE, A. & CHAPMAN, M.  
 2017 “Behavioural economics and financial consumer protection” in OECD *Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions*, n.º 42, Paris: OECD Publishing

- MASIERO, Lorenzo; Vigilia, Giampaolo & NETO-GARCIA, Marta  
 2020 “Strategic consumer behavior in online hotel Booking” in *Annals of Tourism Research*, vol. 83, n.p.
- NIKOLOVA, Milena S.  
 2021 *Behavioral Economics for Tourism: Perspectives on Business and Policy in the Travel Industry*, Londres: Academic Press
- OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF  
 2019 Decisão final de 04 de junho de 2019, Kart 2/16(V), ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)  
 2012 “Competition and behavioural economics” in Annex to the summary record of the 115th meeting of the competition committee held, [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2023\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2023)6/en/pdf).
- 2017 “Use of Behavioural Insights in Consumer Policy” in *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, Paper n.º 36
- 2020 *Abuse of dominance in digital markets*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2012\)2/ANN5/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2012)2/ANN5/FINAL/en/pdf).
- 2023 *Applying Behavioural Insights to Consumer and Competition Policy and Enforcement*, [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2023\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2023)6/en/pdf).
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira  
 2017 “Racionalidade económica e virtude: conciliação ou divergência?” in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Vol. 3, n.º 6, pp. 303-320
- PEREIRA NETO, Caio Mário S.; PASTORE, Ricardo Ferreira & PAIXÃO, Raíssa  
 2022 “Competition Law Enforcement in Digital Markets: The Brazilian Perspective on Unilateral Conducts” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, n.º 4, pp. 622-641
- RITA, Paulo *et al.*  
 2022 “Impact of the rating system on sentiment and tone of voice: A Booking.com and TripAdvisor comparison study” in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 104, n.p.
- RODRIGUES, Nuno Cunha  
 2021 “A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrências dos PALOP” in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 46-47, pp. 16-35
- SHELANSKI, Howard A.  
 2013 “Information, innovation, and competition policy for the internet” in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, n.º 6, pp. 1663-1705
- SILVA, Miguel Moura e  
 2010 *O abuso de posição dominante na Nova Economia*, Coimbra: Almedina

- 2012 “Abusos de Exploração sobre os Consumidores: uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?” in *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. 2, n.º 9, p. 81
- 2018 *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL
- THALER, Richard H.
- 2016 *Misbehaving: the making of behavioural economics*, Londres: Penguin
- THALER, Richard H. & SUSTEIN, Cass R.
- 2019 *Nudge: Como tomar as melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, Tradução Ângelo Lessa, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva
- THOMAS, Michael David
- 2019 “Reapplying behavioral symmetry: public choice and choice architecture” in *Public Choice*, vol. 180, n.º 1/2, pp. 11-25
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1966, EU:FR:1966:56
- TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel
- 1974 “Judgment under uncertainty: heuristics and biases” in *Science*, vol. 185, pp. 1124-1131
- 1979 “Prospect theory: na analysis of decision under risk” in *Econometrica*, vol. 47, n.º 2, pp. 263-291
- ULEN, Thomas S.
- 2014 “European Perspectives on Behavioural Law and Economics” in Klaus Mathis, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer: Lucerne, pp. 03-16
- HU, Xingbao & YANG, Yang
- 2019 “Determinants of Consumers’ Choices in Hotel Online Searches: A Comparison of Consideration and Booking Stages” in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 86, n.p.



C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Jurisprudência geral*



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA  
DA UNIÃO EUROPEIA – DE JANEIRO  
A JUNHO DE 2023

*Elaborado por Ricardo Bayão Horta*

**Abuso de posição dominante**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de abril de 2023, proferido no âmbito do Processo C–815/21P; ECLI:EU:C:2023:308

*Partes:* Amazon.com e o./Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Artigo 102.º TFUE – Abuso de posição dominante – Venda em linha – Regulamento (CE) n.º 773/2004 – Artigo 2.º, n.º 1 – Decisão da Comissão Europeia de dar início a uma investigação – Âmbito de aplicação territorial da investigação – Exclusão da Itália – Repartição de competências entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 11.º, n.º 6 – Privação de competência das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência – Proteção contra os processos conduzidos em paralelo pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e pela Comissão – Recurso de anulação – Ato irrecorrível – Ato que não produz efeitos jurídicos em relação a terceiros – Ato preparatório – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C–449/21; ECLI:EU:C:2023:207

*Partes:* Towercast/Autorité de la concurrence e o.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Controlo das concentrações de empresas – Regulamento (CE) n.º 139/2004 – Artigo 21.º, n.º 1 – Aplicação exclusiva deste regulamento às operações abrangidas pelo conceito de “concentração” – Alcance – Operação de concentração sem dimensão comunitária, situada abaixo dos limiares de controlo ex ante obrigatório previstos pelo direito de um Estado-Membro e que não foi objeto de remessa à Comissão Europeia – Controlo pelas autoridades desse Estado-Membro responsáveis em matéria de concorrência de uma tal operação à luz do artigo 102.º TFUE – Admissibilidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C-394/21; ECLI:EU:C:2023:146

*Partes:* Bursa Română de Mărfuri SA/Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei (ANRE),

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Mercado interno da eletricidade – Diretiva 2009/72/CE – Regulamento (UE) 2019/943 – Artigo 1.º, als. *b)* e *c)*, e artigo 3.º – Princípios relativos ao funcionamento dos mercados da eletricidade – Regulamento (UE) 2015/1222 – Artigo 5.º, n.º 1 – Operador nomeado do mercado da eletricidade – Monopólio legal nacional dos serviços de negociação para o dia seguinte e intradiária – Legislação nacional que prevê um monopólio da negociação grossista da eletricidade a curto, médio e longo prazo

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-680/20; ECLI:EU:C:2023:33

*Partes:* Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 102.º TFUE – Posição dominante – Imputação ao produtor de comportamentos dos seus distribuidores – Existência de relações contratuais entre o produtor e os distribuidores – Conceito de “unidade económica” – Âmbito de aplicação – Exploração abusiva – Cláusula de exclusividade – Necessidade de demonstrar os efeitos no mercado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-57/21; ECLI:EU:C:2023:6

*Partes:* RegioJet a.s./ České dráhy a.s. e o.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Abuso de posição dominante – 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 – Diretiva 2014/104/UE – Artigos 5.º e 6.º – Divulgação de elementos de prova – Elementos de prova que figuram no processo de uma autoridade da concorrência – Processo pendente na Comissão Europeia relativo a uma infração às regras da concorrência – Processo nacional relativo a uma ação de indemnização pela mesma infração – Condições relativas à divulgação de elementos de prova

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-45/21; ECLI:EU:C:2023:12

*Partes:* Lietuvos geležinkeliai/Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Abuso de posição dominante – Mercado do transporte ferroviário de mercadorias – Decisão que declara uma infração ao artigo 102.º TFUE – Acesso de empresas terceiras às infraestruturas geridas pela sociedade nacional de caminhos de ferro da Lituânia – Desmantelamento de um troço de via-férrea – Conceito de “abuso” – Exclusão efetiva ou provável de um concorrente – Exercício pelo Tribunal Geral da sua competência de plena jurisdição – Redução da coima

### **Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 2023, proferido no âmbito do Processo C-211/22; ECLI:EU:C:2023:529

*Partes:* Super Bock Bebidas, S.A. e o./Autoridade da Concorrência

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Artigo 101.º TFUE – Acordos verticais – Preços mínimos de revenda fixados por um fornecedor aos seus distribuidores – Conceito de “restrição da concorrência por objeto” – Conceito de “acordo” – Prova da concordância de vontades entre o fornecedor e os seus distribuidores – Prática que abrange quase todo o território de um Estado-Membro – Afetação do comércio entre Estados-Membros – Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e Regulamento (UE) n.º 330/2010 – Restrição grave

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de abril de 2023, proferido no âmbito do Processo C-25/21; ECLI:EU:C:2023:298

*Partes:* Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Restrições verticais da concorrência – Artigo 101.º, n.ºs 1 e 2, TFUE – Princípio da efetividade – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 2.º – Diretiva 2014/104/UE – Artigo 9.º, n.º 1 – Efeito vinculativo das decisões definitivas das autoridades nacionais da concorrência que declaram uma infração às normas do direito da concorrência – Aplicação temporal e material – Ações de indemnização e de declaração de nulidade a título das infrações às disposições do direito da concorrência da União

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C-693/20P; ECLI:EU:C:2023:172

*Partes:* Intermarché Casino Achats/Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Decisão da Comissão Europeia que ordena uma inspeção – Vias de recurso contra o desenrolar da inspeção – Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Direito a um recurso efetivo – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 19.º – Regulamento (CE) n.º 773/2004 – Artigo 3.º – Registo das audições realizadas pela Comissão no âmbito dos seus inquéritos – Ponto de partida do inquérito da Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C-690/20P; ECLI:EU:C:2023:171

*Partes:* Casino, Guichard-Perrachon e Achats Marchandises Casino/Comissão

*Descritores:* Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Decisão da Comissão Europeia que ordena uma inspeção – Vias de recurso contra o desenrolar da inspeção – Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Direito a um recurso efetivo – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 19.º – Regulamento (CE) n.º 773/2004 – Artigo 3.º – Registo das audições realizadas pela Comissão no âmbito dos seus inquéritos – Ponto de partida do inquérito da Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C-682/20P; ECLI:EU:C:2023:170

*Partes:* Les Mousquetaires e ITM Entreprises/Comissão

*Descritores:* Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Decisão da Comissão que ordena uma inspeção – Vias de recurso contra o desenrolar da inspeção – Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Direito a um recurso efetivo – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 19.º – Regulamento (CE) n.º 773/2004 – Artigo 3.º – Registo das audições realizadas pela Comissão no âmbito dos seus inquéritos – Ponto de partida do inquérito da Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-719/21P; ECLI:EU:C:2023:15

*Partes:* Jouvin/Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Artigo 101.º TFUE – Denúncia à Comissão Europeia – Decisão da Comissão de rejeição da denúncia – Recurso de anulação – Prazo para apresentar resposta

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-883/19P; ECLI:EU:C:2023:11

*Partes:* HSBC Holdings e o./Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Setor dos produtos derivados de taxas de juro em euros – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º TFUE e ao artigo 53.º do Acordo EEE – Manipulação das taxas de referência interbancárias da Euribor – Troca de informações confidenciais – Restrição da concorrência por objeto – Qualificação – Tomada em consideração dos efeitos pró-concorrenciais – Infração única e continuada – “Procedimento híbrido” que conduziu sucessivamente à adoção de uma decisão de transação e de uma decisão no termo de um procedimento ordinário – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 41.º – Direito a uma boa administração – Artigo 48.º – Presunção de inocência

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de junho de 2023, proferido no âmbito do Processo T-79/21; ECLI:EU:T:2023:334

*Partes:* Ryanair e Airport Marketing Services e o./Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado – Acordos celebrados com a companhia aérea Ryanair e a sua filial Airport Marketing Services – Serviços de marketing – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Vantagem – Critério da necessidade real – Artigos 41.º e 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais – Direito de acesso ao processo – Direito a ser ouvido

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de junho de 2023, proferido no âmbito do Processo C-50/21; ECLI:EU:C:2023:448

*Partes:* Prestige and Limousine SL/Área Metropolitana de Barcelona e o.  
*Descritores:* Reenvio prejudicial – Artigo 49.º TFUE – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Serviço de aluguer de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica (TVDE) – Regime de autorização que implica a concessão, além de uma autorização que permite a prestação de serviços, tanto urbanos como interurbanos, de transporte em todo o território nacional, de uma segunda autorização de exploração para a prestação de serviços urbanos de transporte numa zona metropolitana – Limitação do número de licenças de serviços de TVDE a um trigésimo das licenças de serviços de táxi

Acórdão do Tribunal Geral de 25 de maio de 2023, proferido no âmbito do Processo T-268/21; ECLI:EU:T:2023:279

*Partes:* Ryanair/Comissão  
*Descritores:* Auxílios de Estado – Mercado italiano dos transportes aéreos – Regime de indemnização das companhias aéreas titulares de uma licença emitida pelas autoridades italianas – Decisão de não levantar objeções – Auxílio destinado a reparar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 10 de maio de 2023, proferido no âmbito do Processo T-34/21; ECLI:EU:T:2023:248

*Partes:* Ryanair/Comissão  
*Descritores:* Auxílios de Estado – Mercado alemão do transporte aéreo – Auxílio concedido pela Alemanha a favor de uma companhia aérea no âmbito da pandemia de COVID-19 – Recapitalização da Deutsche Lufthansa – Decisão de não levantar objeções – Quadro temporário relativo a medidas de auxílio estatal – Recurso de anulação – Legitimidade processual – Afetação substancial da posição concorrencial – Admissibilidade – Poder de mercado significativo – Medidas adicionais para a concorrência efetiva no mercado – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo T-142/21; ECLI:EU:T:2022:164

*Partes:* Wizz Air Hungary/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Mercado romeno dos transportes aéreos – Auxílio concedido pela Roménia à Blue Air no âmbito da pandemia de COVID-19 – Auxílio de emergência à Blue Air – Empréstimo garantido pelo Estado romeno – Decisão de não levantar objeções – Recurso de anulação – Auxílio destinado a remediar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Artigo 107.º, n.º 2, al. b), TFUE – Avaliação do dano – Nexo de causalidade – Dificuldades financeiras preexistentes do beneficiário – Consideração dos custos evitáveis – Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade – Artigo 107.º, n.º 3, al. c), TFUE – Contributo do auxílio para um objetivo de interesse comum – Não recorrência do auxílio de emergência – Princípio da não discriminação – Livre prestação de serviços – Liberdade de estabelecimento – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de fevereiro de 2023, proferido no âmbito do Processo T-522/20; ECLI:EU:T:2023:51

*Partes:* Carpatair/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios estatais – Setor da aviação – Medidas aplicadas pela Roménia a favor do aeroporto de Timisoara – Medidas aplicadas pelo aeroporto de Timisoara a favor da Wizz Air e das companhias aéreas que o utilizam – Decisão que declara em parte a inexistência de um auxílio estatal a favor do aeroporto de Timisoara e das companhias aéreas que o utilizam – Taxas aeroportuárias – Recurso de anulação – Ato regulamentar – Afetação individual – Afetação substancial da posição concorrencial – Afetação direta – Interesse em agir – Admissibilidade – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Caráter seletivo – Vantagem – Critério do operador privado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-284/21P; ECLI:EU:C:2023:58

*Partes:* Comissão/Braesch e o.

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigos 107.º e 108.º TFUE – Auxílios à reestruturação – Setor bancário – Fase preliminar de exame – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Plano de reestruturação – Compromissos assumidos

pelo Estado-Membro em questão – Medidas de repartição dos encargos – Conversão dos créditos subordinados em fundos próprios – Detentores de obrigações – Recurso de anulação – Admissibilidade – Artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE – Legitimidade – Pessoa singular ou coletiva diretamente e individualmente afetada – Violação dos direitos processuais das partes interessadas – Inexistência de abertura do procedimento formal de investigação – Artigo 108.º, n.º 2, TFUE – Conceito de “interessados” – Regulamento (UE) 2015/1589 – Artigo 1.º, al. *h*) – Conceito de “parte interessada” – Medidas nacionais tidas em conta pela Comissão Europeia – Inadmissibilidade do recurso

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo C-702/20; ECLI:EU:C:2023:1

*Partes:* «DOBELES HES» SAI e o.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Regulamentação nacional que prevê a obrigação de o operador público se abastecer junto de produtores de energias renováveis a um preço superior ao preço de mercado – Não pagamento de uma parte do auxílio em causa – Pedido de compensação apresentado por esses produtores a uma autoridade pública distinta daquela que, em princípio, é, em aplicação dessa regulamentação nacional, obrigada a pagar esse auxílio e cujo orçamento se destina unicamente a assegurar o seu próprio funcionamento – Novo auxílio – Obrigação de notificação – Auxílio de minimis – Regulamento (UE) n.º 1407/2013 – Artigo 5.º, n.º 2 – Cúmulo – Tomada em consideração dos montantes de auxílio já recebidos no período de referência, com base na referida regulamentação nacional

### **Controlo de Concentrações**

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de maio de 2023, proferido no âmbito do Processo T-321/20; ECLI:EU:T:2023:253

*Partes:* enercity/Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Concentrações – Mercado da eletricidade alemão – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Ilegitimidade – Inexistência de participação ativa – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de maio de 2023, proferido no âmbito do Processo T-312/20; ECLI:EU:T:2023:252

*Partes:* EVH/Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Concentrações – Mercado da eletricidade alemão – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Legitimidade – Admissibilidade – Dever de fundamentação – Conceito de “única concentração” – Direito a uma proteção jurisdicional efetiva – Direito de audiência – Delimitação do mercado – Período de análise – Análise do poder de mercado – Influência determinante – Erros manifestos de apreciação – Dever de diligência

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C-449/21; ECLI:EU:C:2023:207

*Partes:* Towercast/Autorité de la concurrence e o.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Controlo das concentrações de empresas – Regulamento (CE) n.º 139/2004 – Artigo 21.º, n.º 1 – Aplicação exclusiva deste regulamento às operações abrangidas pelo conceito de “concentração” – Alcance – Operação de concentração sem dimensão comunitária, situada abaixo dos limiares de controlo ex ante obrigatório previstos pelo direito de um Estado-Membro e que não foi objeto de remessa à Comissão Europeia – Controlo pelas autoridades desse Estado-Membro responsáveis em matéria de concorrência de uma tal operação à luz do artigo 102.º TFUE – Admissibilidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo C-127/21P; ECLI:EU:C:2023:209

*Partes:* American Airlines/Comissão Europeia

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Regulamento (CE) n.º 139/2004 – Operações de concentração de empresas – Mercado do transporte aéreo – Operação declarada compatível com o mercado interno – Compromissos assumidos pelas partes na concentração – Decisão que concede direitos de anterioridade – Conceito de “uso adequado”



# NOTAS CURRICULARES

## **BEATRIZ RIBEIRO FERNANDES**

Advogada com prática em direito da concorrência e contencioso contraordenacional. Estagiou no Departamento de Práticas Restritivas (2019-2020) e no Departamento Jurídico e do Contencioso (2020-2022) da Autoridade da Concorrência. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2018). Mestre em Direito com especialização em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2022).

*Lawyer with experience in Competition Law and Administrative Offences Law. Was an intern at the Anticompetitive Practices Department (2019-2020) and at the Legal and Litigation Department (2020-2022) at the Portuguese Competition Authority. Graduated in Law from Nova School of Law in Lisbon (2018). Master in Law with specialization in Public Law from Nova School of Law in Lisbon (2022).*

## **DANIEL FAVORETTO ROCHA**

Consultor do CADE no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Consultor Não-Governamental (NGA) perante a International Competition Network (ICN). Mestre em Direito e Desenvolvimento e Bacharel em Direito pela FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas), onde foi pesquisador e assistente de docência. Advogado. São Paulo, Brasil. E-mail: favoretto.it@gmail.com

*Consultant for the Brazilian Competition Agency (CADE) under the United Nations Development Programme (UNDP). Non-Governmental Advisor (NGA) at the International Competition Network (ICN). Master in Law & Development and Bachelor in Law from FGV Law School (Fundação Getúlio Vargas), where he has worked as researcher and assistant lecturer. Attorney. São Paulo, Brazil. E-mail: favoretto.it@gmail.com*

## **EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUACUA**

Edson da Graça Francisco Macuácu nasceu a 26 de Março de 1977. É Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, Doutorando em Direito pela Universidade Eduardo Mondlane, Doutor em Direito pela

Universidade Católica de Moçambique, Doutor em Paz, Democracia e Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano pela Universidade Técnica de Moçambique. É Mestre em Direito e em Direito de Petróleo e Gás pela Universidade Eduardo Mondlane, Mestre em Administração Pública, especialidade de Governança e Desenvolvimento Local pelo Instituto Superior de Administração Pública. Foi distinguido como melhor estudante aos níveis de Licenciatura, Mestrado e de Doutoramento.

Advogado, docente universitário, das cadeiras de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direito Económico e Ciência Política. É autor de 15 livros na área jurídica e mais de 40 artigos científicos publicado em Moçambique, Portugal e Brasil em revistas com aprovação em processo de revisão de pares.

É membro do Comité Central da FRELIMO, desde 2002, onde desempenhou as funções de Secretário do Comité Central para a Mobilização e Propaganda, Porta – Voz do Partido, Secretário do Comité Central para a Formação de Quadros e Secretário do Comité Central para a área Económica. Foi Deputado da Assembleia da República de 2000 a 2019, onde desempenhou as funções de membro da Comissão Permanente e de Presidente da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade. Primeira Comissão. De 2013 a 2014, foi Conselheiro e Porta-Voz do Presidente da República. De 2020 a 2022 foi Secretário de Estado em Manica e atualmente exerce as funções de Vice-Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

*Edson da Graça Francisco Macuacua was born on 26 March 1977. He holds a post-doctorate in Law from the University of Lisbon, PhD in Law from Eduardo Mondlane University, PhD in Law from the Catholic University of Mozambique, PhD in Peace, Democracy and Social Movements and Human Development from the Technical University of Mozambique. He holds a Master's Degree in Law and in Oil and Gas Law from Eduardo Mondlane University, a Master's Degree in Public Administration, with a major in Governance and Local Development from the Higher Institute of Public Administration. He was distinguished as top student at the undergraduate, master's and doctoral levels.*

*He is a Lawyer and University Professor, lecturing Constitutional Law, Fundamental Rights, Economic Law, and Political Science. He is the author of 15 books in the legal field and has published over 40 scientific articles in Mozambique, Portugal and Brazil in journals having been approved through the peer review process.*

*He is a member of the FRELIMO Central Committee since 2002, where he served as Secretary of the Central Committee for Mobilization and Propaganda, Party*

*Spokesperson, Secretary of the Central Committee for Staff Training and Secretary of the Central Committee for Economic Affairs.*

*He was a Member of the National Assembly of the Republic of Mozambique from 2000 to 2019, where he served as a member of the Standing Committee and as Chairperson of the Committee for Constitutional Affairs, Human Rights and Legality as the First Committee in the National Assembly. From 2013 to 2014, he served as an Advisor and Spokesperson in the Office of the President of the Republic of Mozambique. From 2020 to 2022 he held the position of State Secretary in Manica Province and currently serves as Vice-Minister of Science, Technology and Higher Education.*

### **NOÉ JOSÉ PENETE**

Nasceu a 17 de outubro de 1991. É Conservador e Notário Superior em exercício no Cartório Notarial de Chimoio desde janeiro de 2020. Entre 2015 e 2019 tinha sido Assessor Jurídico na então Direção Provincial da Justiça, Assuntos Constitucionais e Religiosos de Manica. Em 2013 foi sócio na sociedade MBZ Serviços, Limitada, instituição onde desempenhou as funções de Diretor Executivo. Entre 2021 e 2022 foi sócio-gerente na sociedade HSA – Higiene e Saneamento Ambiental, Limitada. É membro fundador da Associação Juvenil de Chimoio – AJC, onde desempenha as funções de Vice-Presidente, membro da Associação Nacional dos Conservadores e Notários de Moçambique e membro fundador da Associação Provincial de Andebol de Manica, onde desempenha as funções de Secretário-geral desde 2022. Em 2019 foi docente na então Universidade Pedagógica – Chimoio, onde lecionou a cadeira de Noções de Direito. Em 2015 foi docente no Instituto Politécnico Planalto de Chimoio, onde lecionou a cadeira de Direito Administrativo. Empreendedor. Licenciado em Direito pela Universidade Católica de Moçambique – Faculdade de Engenharia, Chimoio. Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade Católica de Moçambique – Chimoio. Foi distinguido como melhor estudante no nível de licenciatura e melhor formando na Formação Inicial para Ingresso na Carreira de Conservador e Notário Superior no Centro de Formação Jurídica e Judiciária – CFJJ.

*Born on October 17, 1991. He is a Conservator and Senior Notary working at the Notary's Office of Chimoio since January 2020. Between 2015 and 2019 he was been a Legal Advisor at the then Provincial Directorate of Justice, Constitutional and Religious Affairs of Manica. In 2013 he was a partner in the company MBZ Serviços, Limitada, an institution where he served as Executive Director. Between*

*2021 and 2022 he was managing partner at the company HSA – Higiene e Saneamento Ambiental, Limitada. He is a founding member of the Chimoio Youth Association – AJC, where he serves as Vice-President, a member of the National Association of Conservators and Notaries of Mozambique and a founding member of the Provincial Handball Association of Manica, where he has served as General Secretary since 2022. In 2019 he was a professor at the then Pedagogical University – Chimoio, where he taught the subject of Notions of Law. In 2015 he was a professor at the Instituto Politécnico Planalto de Chimoio, where he taught the subject of Administrative Law. Entrepreneur. Graduated in Law from the Catholic University of Mozambique – Faculty of Engineering, Chimoio. Master's student in Administrative Law at the Catholic University of Mozambique – Chimoio. He was distinguished as the best student at the degree level and best graduate in Initial Training for Entry into the Career of Conservator and Higher Notary at the Legal and Judiciary Training Center – CFJJ.*

#### **PHILIPPE MAGALHÃES BEZERRA**

Procurador Federal no Brasil. Doutorando em Direito e Economia na Universidade de Lisboa, Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará – UECE, Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade de Brasília – UNB, Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade da Amazônia – UNAMA, Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2006). Atuou como instrutor da Escola Superior de Administração Fazendária – ESAF, tendo ministrado diversos cursos na área da contratação pública. Também já ministrou curso de contratos públicos na Escola do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí, Escola Superior da Magistratura Federal da 5.<sup>a</sup> Região – ESMAFE5. Leciona ainda nos Cursos de Pós-Graduação em Direito Administrativo na Universidade Regional do Cariri – URCA e Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Membro da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Ceará e da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE. Fundador e Professor do Instituto Brasileiro de Contratações Públicas – IBCP.

*Federal Attorney in Brazil. PhD student in Law and Economics at the University of Lisbon, Master in Planning and Public Policies at the State University of Ceará – UECE, Postgraduate in Public Law with an emphasis on Administrative Law at the University of Brasília – UNB, Postgraduate in Procedural Law at the*

*University da Amazônia – UNAMA, Graduated in Law from the University of Fortaleza (2006). He worked as an instructor at the Higher School of Finance Administration – ESAF, having taught several courses in the area of public procurement. He has also taught a public contracts course at the School of the Court of Auditors of the State of Ceará, Superior School of the Judiciary of the State of Ceará – ESMEC, Superior School of the Judiciary of the State of Piauí, Superior School of the Federal Judiciary of the 5th Region – ESMAFE5. He also teaches in the Postgraduate Courses in Administrative Law at the Regional University of Cariri – URCA and University of Fortaleza – UNIFOR. Member of the Administrative Law Commission of the Brazilian Bar Association, Ceará section and of the Brazilian Association of Law and Economics – ABDE. Founder and Professor at the Brazilian Institute of Public Procurement – IBCP*

**SCHERMANN CHRYSTIE MIRANDA E SILVA**

Advogado sênior da Pereira Neto Macedo Advogados. Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP) e em Direito Público pelo Instituto Processus. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, Brasil. E-mail: smiranda@pnm.adv.br

*Senior Associate at Pereira Neto Macedo Advogados. Post-graduate in Tax Law and Public Finances at Instituto de Direito Público de Brasília (IDP) and in Public Law at Instituto Processus. Law degree from Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, Brazil. E-mail: smiranda@pnm.adv.br*



# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

## ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 50

- Concorrência – Questões gerais
- *Questões processuais*
- *Private enforcement*
- *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- *Outros*
- Concorrência – Práticas restritivas
- *Geral*
- *Abuso de posição dominante*
- *Restrições verticais*
- *Restrições horizontais*
- Concorrência – Controlo de concentrações
- Concorrência – Auxílios de Estado
- Financeiro e bancário
- Seguros
- Comunicações eletrónicas
- Energia
- Saúde
- Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- Regulação do comércio e concorrência desleal
- Contratação pública
- Direito contraordenacional e processual penal
- Ambiente
- Transportes
- Artigos transversais e outros

## Concorrência – Questões gerais

### *Questões processuais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C–550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothee Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C–375/09 –Tele2Polska</i>
7–8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11–12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen Capiiau/Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23–24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>

25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</i>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33–34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33–34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33–34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</i>
35	Sérgio Martins P. de Sousa	<i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i>
36	Maria José Costeira	<i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i>
36	Inês Azevedo	<i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i>
37	Maria João Melícias & Rita Prates	<i>Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação</i>

38	Marta Campos	<i>Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência</i>
39	Marta Campos	<i>Right of Defence – Article 3 of the ECN+ Directive</i>
40	Irene Moreno-Tapia & Victoria Rivas	<i>Some Thoughts About Fundamental Rights and the ECN+ Directive</i>
41	Daniel Favoretto Rocha	<i>Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu</i>
41	Dani de Sousa Moreira	<i>Programas de clemência: a experiência norte-americana versus a experiência europeia</i>

### *Private enforcement*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>
10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>
11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>
13	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>

14–15	Fernanda Paula Stolz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14–15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídica—privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20–21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín–Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojecto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojecto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>
27–28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>

31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law's private enforcement</i>
44	Marcelo Sequeira de Sousa	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, Processo C-59/19, Wikingerhof GmbH &amp; Co. Kg v. Booking.com BV</i>
45	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>A operacionalidade do private enforcement do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding</i>
46–47	Miguel Sousa Ferro	<i>The reality of access in antitrust private enforcement: overview of 3 years' experience in Portugal</i>

### *Nemo tenetur se ipsum accusare*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11–12	Diana Alfafar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23–24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Weh c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>

31	Tiago Costa Andrade	<i>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</i>
36	Marta Campos	<i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i>

### ***Outros***

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7–8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7–8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23–24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>

27–28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33–34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33–34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33–34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i>
35	Marta Borges Campos	<i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i>
35	Sofia Oliveira Pais	<i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i>
35	Abel Mateus	<i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i>
35	António Ferreira Gomes	<i>Com concorrência todos ganhamos</i>
35	António Saraiva	<i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i>
35	Manuel Sebastião	<i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i>
35	Margarida Matos Rosa	<i>Direito à Concorrência</i>
35	Vasco Colaço	<i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i>
36	José Luís da Cruz Vilaça	<i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i>
36	María Ortiz	<i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i>
36	Ana Patrícia Carvalho	<i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i>
38	Carlos Pinto Correia	<i>A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência</i>
38	Margarida Matos Rosa	<i>Concorrência e política industrial</i>
38	Ana Ferreira Neves	<i>Impacto do e-commerce na política de concorrência</i>
39	Margarida Rosado da Fonseca	<i>Amendment of the Competition Act. Notes on past experience on the timing, milestones and scope</i>
39	Tânia Luísa Faria	<i>Review of the Portuguese Competition Act – The Seven Year Itch</i>
40	João Torres	<i>Opportunities and challenges</i>

46–47	Nuno Cunha Rodrigues	<i>A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos PALOP</i>
48	Simone Maciel Cuiabano, João Carlos Nicolini de Moraes & Lucas Pinha	<i>Application of time series techniques in relevant market delimitation – the Brazilian experience</i>

---

## Concorrência – Práticas restritivas

### *Geral*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>
9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>
37	Francisco Marcos	<i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</i>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</i>

---

*Abuso de posição dominante*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C–52/09, Telia–Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7–8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7–8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14–15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google’s special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14–15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspetivas</i>
37	John Davies & Jorge Padilla	<i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</i>
38	Luís do Nascimento Ferreira	<i>Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante</i>

*Restrições verticais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>
37	Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha	<i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</i>
45	Sofia Villas-Boas	<i>Bringing competition law into the digital era – selective distribution and marketplace bans: what should change?</i>

*Restrições horizontais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>
6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>

18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i>
33–34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33–34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</i>
35	Bernardo Sarmento & Jorge Padilla	<i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i>
36	Richard Whish	<i>Hub and spoke concerted practices</i>
37	João Miranda Poças	<i>O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos</i>
39	João E. Gata	<i>Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability, and Alternative Approaches</i>
41	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das interchange fees</i>

## Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7–8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>

- 7–8 Ana Paula Martinez *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil*
- 10 Luis Ortiz Blanco/  
Alfonso Lamadrid de  
Pablo *Del test de posición dominante al test OSCE  
(Historia y evolución de los criterios de prohibición y  
autorización de las concentraciones entre empresas en  
el Derecho europeo, 1989 – 2004)*
- 31 Maria Teresa Capela *Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo  
145.º–N do RGICSF: uma exceção à obrigação de  
notificação prévia?*
- 33–34 Daniela Cardoso *Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da  
União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo  
C–248/16*
- 35 Carlos Oliveira Cruz  
& Joaquim Miranda  
Sarmiento *A fusão da Estradas de Portugal com a REFER:  
o caso da integração do operador rodoviário com o  
operador ferroviário*
- 36 Ricardo Bayão Horta *Articulação AdC–ERC no âmbito do artigo 55.º do  
regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos  
capítulos*
- 37 Alípio Codinha, Mariana  
Costa, Marta Ribeiro &  
Pedro Marques *Input foreclosure em concentrações verticais nos  
media: o caso Altice/Media Capital*
- 37 Rita Prates *Partial implementation and gun–jumping, how  
original. What will they think of next? – Chapter One*
- 38 Joaquim Caimoto Duarte *Inovação e controlo de concentrações – breves notas  
sobre a sua prática em Portugal*
- 39 Thomas Hoehn *Challenges in Designing and Implementing Merger  
Remedies – A Monitoring Trustee Perspective*
- 39 Simone Maciel Cuiabano *Análise Alternativa de Fusões: Indicadores de Preços  
x Definição de Mercado Relevante*
- 39 Nuno Rocha de Carvalho *European Champions vs. Real Champions: What  
will it cost you?*
- 41 Rita Prates *Partial implementation and gun–jumping,  
how original. what will they think of next?  
– Chapter Two*
- 44 Rita Prates & Ricardo  
Bayão Horta *Cooperation in multijurisdictional merger fillings –  
the ECA notice mechanism*
- 45 Tânia Luísa Faria, Margot  
Lopes Martins & Mariana  
Viana Pedreira *New trends in merger control: the baby, the  
bathtwater, uncertain outlooks and eternal returns*

50	Eva Oliveira	<i>Preventing Killer acquisitions: the combination between Article 22 of the EU Merger Regulation and the Digital Markets Act's Merger Rules</i>
----	--------------	--

---

## Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11–12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014–2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20–21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27–28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>
27–28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27–28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27–28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>
42–43	Miguel Mendes Pereira & Carla Marcelino	<i>Regras sobre auxílios de estado em tempos pandémicos: flexão ou torção?</i>

49	Manuel Queiroz Ribeiro	<i>O regime dos auxílios de estado – reflexões a propósito do quadro temporário covid 19 e da necessidade de flexibilização das regras gerais</i>
----	------------------------	---

---

## Financeiro e bancário

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1.ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>
9	Luís Guilherme Catarino	<i>A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?</i>
9	Luís Máximo dos Santos	<i>O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspectos fundamentais</i>
9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>

9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11–12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11–12	Vinicius de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>
13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14–15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20–21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20–21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20–21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20–21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20–21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20–21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20–21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20–21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20–21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>

20–21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné–Bissau</i>
23–24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23–24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23–24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23–24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23–24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27–28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33–34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA’s supervisory powers</i>
33–34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail–out ao bail–in</i>
33–34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33–34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>
40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz...</i>
40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>
41	Joana Vaz Baptista	<i>A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão</i>

45	Luís Catarino	<i>A cooperação na supervisão financeira da união do mercado de capitais – entre o experimentalismo e a governance</i>
50	Diogo Pina Chiquelho	<i>O whistleblowing interno nas instituições de crédito e as políticas de participação de irregularidades</i>

---

## Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>
36	Maria Elisabete Ramos	<i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</i>

---

## Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7–8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11–12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14–15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14–15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>
14–15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14–15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

---

## Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11–12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21<sup>st</sup> Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>
18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>
44	Edson da Graça Francisco Macuácuca & Octávio de Jesus Gonçalves	<i>Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique</i>
46–47	João Lopes	<i>Choque de preços no gás e tempestade elétrica: reflexos nos consumidores e na segurança de abastecimento</i>
46–47	Lisa Pinto Ferreira	<i>Energy efficiency first: overcoming the hurdles?</i>

## Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
42–43	Joaquim Miranda Sarmento & Diogo Nunes da Silva	<i>A eficiência dos hospitais em regime PPP em Portugal</i>

## **Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

<b>N.º RCR</b>	<b>Autor</b>	<b>Título do Artigo</b>
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7–8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke &amp; Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>
17	Luis Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>
29	Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE catrem na jurisdição do TCRS?</i>
30	Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>

30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
33–34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei–quadro</i>
33–34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33–34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</i>
35	Fernando Pereira Ricardo	<i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i>
42–43	José Luís da Cruz Vilaça & Mariana Martins Pereira	<i>Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions</i>
42–43	André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita Guimarães	<i>O controlo das práticas restritivas da concorrência – nothing else matters?</i>
42–43	Luís Henrique	<i>A transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional</i>
42–43	Joaquim Vieira Peres & Luís Nascimento Ferreira	<i>Água mole em pedra dura... mais um retoque na noção de empresa</i>
42–43	Nuno Ruiz	<i>A ECN+ não basta</i>
42–43	Luís Silva Morais & Lúcio Tomé Feteira	<i>Algumas notas sobre a Diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional</i>
42–43	Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo	<i>Direito da concorrência: a necessária reforma por força da Diretiva ECN+</i>
42–43	João Pateira Ferreira	<i>The ECN@2.0. System failure ahead?</i>
44	Gonçalo Anastácio	<i>Projeto de transposição da Diretiva ECN+</i>
44	Inês Neves	<i>On the concept of “court or tribunal” for the purposes of article 267 of the TFEU: the status of National Competition Authorities, after the judgement of the Court of Justice in Case C–462/19</i>
49	Luís Miguel Caldas	<i>Dez anos do tribunal da concorrência, regulação e supervisão – algumas notas e propostas</i>

---

## Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7–8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

## Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27–28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27–28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>
38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</i>
45	Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães	<i>Há concorrência e concorrência em contratação pública – uma primeira abordagem à recente comunicação da comissão europeia (2021/C 91/01)</i>
48	Octávio de Jesus Gonçalves	<i>A regulação pública das parcerias público privado em Moçambique</i>

**Direito contraordenacional e processual penal**

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7–8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14–15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexção de alguma jurisprudência constitucional</i>
14–15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23–24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23–24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido</i>
23–24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ónus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>

23–24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27–28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27–28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27–28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27–28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27–28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>
29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados</i>
42–43	José Francisco Veiga	<i>O acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional e as suas declarações de voto: breves notas ao efeito da impugnação das decisões contra ordenacionais de entidades reguladoras</i>
46–47	Nuno Ricardo Pica dos Santos	<i>Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova</i>

---

## Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>
5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

## Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>
30	João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i>
33–34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i>

**Artigos transversais e outros**

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20–21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>
42–43	Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel	<i>Crise do princípio da primazia do direito da União Europeia: algumas considerações sobre o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de maio de 2020</i>
48	Margarida Rosado da Fonseca	<i>O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: dos antecedentes da sua criação às perspetivas de modificação em 2022 – Parte I</i>
49	Marc Barennes	<i>Third party funding: an attorney’s perspective on how to choose a funder</i>
49	Sónia Moura	<i>Advocacy and competition impact assessment supporting pro competitive reforms in self regulated professions and the transport sector – the Portuguese competition authority experience</i>
50	Margarida Rosado da Fonseca	<i>O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: modificação em 2023? Enquadramento e porquês</i>
50	Rita Prates	<i>ESG e Concorrência</i>



## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (de doutrina ou breves), estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em língua portuguesa, espanhola, francesa ou inglesa. Os textos são publicados no idioma em que foram redigidos.
4. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais de estilo aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt), ou acedida em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt) ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050–037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

*Collaboration with*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers (academic or short), studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, either by contacting [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or by accessing the link [http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx).
7. Contributions must be sent in digital format to the email address [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

## ÓRGÃOS SOCIAIS

### DIREÇÃO

Ana Sofia Rodrigues/Miguel Sousa Ferro

### CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** Eduardo Paz Ferreira/Nuno Cunha Rodrigues

### Membros:

António Avelãs Nunes	Jorge de Figueiredo Dias
António Ferreira Gomes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Gerber	Jürgen Wolter
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Francisco Marcos	Manuel Lopes Porto
Floriano Marques	Marco Bronckers
François Souty	Maria Fernanda Palma
Frederic Jenny	Mark Zöller
Geraldo Prado	Miguel Moura e Silva
Gerhard Dannecker	Miguel Nogueira de Brito
Germano Marques da Silva	Miguel Poiares Maduro
Giorgio Monti	Nicolas Charbit
Harry First	Oswald Jansen
Heike Schweitzer	Patrick Rey
Ioannis Kokkoris	Paulo Câmara
João Ferreira do Amaral	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge Braga de Macedo	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos  
Pedro Pita Barros  
Peter Freeman CBE, QC  
Philip Marsden  
Piet Jan Slot  
René Smits

Richard Wish  
Rosa Greaves  
Vasco Pereira da Silva  
Vito Tanzi  
William Kovacic  
Wouter Wils

#### CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata

#### CONSELHO DE REDAÇÃO

**Presidente:** Ricardo Bayão Horta

#### **Comissão Coordenadora:**

Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo  
João Cardoso Pereira  
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima  
Nazaré da Costa Cabral  
Ricardo Bayão Horta  
Vítor Miguel Lourenço

#### **Editores:**

*Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado*  
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

*Concorrência – Práticas restritivas*  
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

*Concorrência – Auxílios de Estado*  
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

*Concorrência – Concentrações*  
Margarida Rosado da Fonseca

*Autoridades reguladoras*  
João Miranda

*Direito contraordenacional e processual penal*  
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Economia*

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

*Água e resíduos*

João Miranda

*Ambiente*

Carla Amado Gomes

*Aviação civil*

António Moura Portugal

*Comércio, consumo e concorrência desleal*

Teresa Moreira

*Energia*

Gonçalo Anastácio

*Financeiro*

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

*Transportes terrestres e marítimos*

Tânia Cardoso Simões

*Saúde*

Nuno Castro Marques

*Direito contraordenacional e processual penal*

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Direito probatório*

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

**C&R**