

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO II • NÚMERO 5  
JANEIRO – MARÇO 2011

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*direcção*

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

*presidência do conselho científico*

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

*presidência do conselho de redacção*

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL

**NA**  
ALMEDINA

  
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano II • Número 5  
Janeiro – Março 2011

**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

**EDITOR**  
EDIÇÕES ALMEDINA, SA  
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-78-80  
3000-164 Coimbra, Portugal  
T: 239 851 904  
F: 239 851 901  
editora@almedina.net  
www.almedina.net

**EXECUÇÃO GRÁFICA**  
G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.  
Palheira – Assafarge  
3001-453 Coimbra, Portugal  
producao@graficadecoimbra.pt

Preço avulso desta Revista € 25,00  
Assinatura anual da Revista (4 números) € 90 (desconto de 10%)

JULHO 2011

DEPÓSITO LEGAL  
304538/10

TIRAGEM  
500 EXEMPLARES

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

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro  
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,  
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

# ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 21 DOCTRINA
- 23 **Doutrina Geral**
- 25 Jean-François Bellis – *The New EU Rules on Vertical Restraints*
- 43 Gonçalo Anastácio – *Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal*
- 57 Ioannis Kokkoris – *Should the Dominance Test Have Been Changed?*
- 87 Miguel Mendes Pereira – *Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações*
- 127 **Dossier Temático**  
*Ambiente*
- 129 António Sequeira Ribeiro – *A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)*
- 205 Heloísa Oliveira – *Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais*
- 239 José Danilo Tavares Lobato – *Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade*
- 277 Annette Bongardt/João E. Gata – *Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview*
- 293 Giulio Federico – *Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector*
- 335 LEGISLAÇÃO
- 337 **Legislação Nacional**
- 337 Legislação nacional de regulação – Janeiro a Março de 2011
- 341 JURISPRUDÊNCIA
- 343 **Comentário de Jurisprudência da União Europeia**

343 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) – António Pedro Santos

### 363 **Jurisprudência Geral**

363 Jurisprudência nacional de concorrência – Janeiro a Março de 2011

365 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – Janeiro a Março de 2011

369 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – Janeiro a Março de 2011

### 373 **BIBLIOGRAFIA**

#### 375 **Recensão**

375 Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 – Miguel Nogueira de Brito

389 **Novidades Bibliográficas** – Janeiro a Março de 2011

#### 391 **ACTUALIDADES**

#### 399 **NOTAS CURRICULARES**

407 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

#### 409 **Órgãos Sociais**

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha*

*Luís Silva Morais*

Com o N.º 5 da C&R, e em conformidade com o que após um ano de publicação vem constituindo uma opção editorial regular, regressamos a uma cobertura mais ampla de um dos pilares do projecto (correspondente à *regulação económica*). Na realidade, depois de termos incluído no N.º 4 da Revista um dossier temático dedicado às reformas europeias de 2010 relativas ao enquadramento das restrições verticais e horizontais (matérias que se situam no âmago do direito da concorrência), incluímos ora neste N.º 5 um dossier temático especial sobre regulação do ambiente (sem perder de vista os importantes cruzamentos e interacções entre a

*With No. 5 of C&R, and following what after its first completed year of publication is now a regular editorial option, we return to a more extensive coverage of one of the pillars of this project (economic regulation). In fact, after having included in No. 4 a thematic file dedicated to the 2010 reforms of the EU vertical and horizontal restraints framework (at the very core of competition law), we include in the current No. 5 a special thematic file on environmental regulation (without losing sight of the important crosscurrents between environmental regulation and competition law and policy).*

regulação do ambiente e o direito e a política da concorrência).

De qualquer modo, apesar desta opção editorial no sentido de alternar dossiers temáticos especiais cobrindo sucessivamente quer (i) questões de direito da concorrência, quer (ii) questões de regulação económica, o pilar de direito da concorrência da Revista encontra-se largamente representado na Secção de Doutrina Geral e noutras Secções deste N.º 5 (considerando, de resto, o facto de 2011 poder vir a revelar-se um importante ano de charneira com fundamentais desenvolvimentos ao nível do direito e da política da concorrência, quer no plano da União Europeia quer no plano nacional). As análises de direito da concorrência que se incluem neste N.º 5 – em particular, como já referido, através de Artigos incluídos na Secção de Doutrina Geral – podem ser genericamente caracterizadas sob um tópico geral e unificador (um *Leitmotiv* comum que está subjacente a esses artigos). Referimo-nos aqui à ideia de *modernização* do direito e da política da concorrência (mais uma vez nos dois planos *supra* referidos, da União Europeia e nacional).

No que respeita à *modernização* no plano da União Europeia, incluímos um Artigo de Jean François Bellis sobre o novo enquadramento de 2010 das restrições verticais (assim

*However, notwithstanding this editorial option of alternating special thematic files covering either (i) competition law issues or (ii) economic regulation issues, the competition law pillar of the Review is well covered in the Section of General Doctrine and in other Sections of this No. 5 (considering that 2011 may prove a momentous year as regards competition law and policy developments, both at the EU and at Portuguese levels). The competition law analysis which is included in this No. 5 – particularly, as aforementioned, through the articles included in the Section of General Doctrine – may be generally characterised under a general and unifying Leitmotiv which is underlying those articles. We refer here to the idea of modernisation of competition law and policy (again at both levels, of the EU and Portugal).*

*As regards modernization at the EU level, we include an article of Jean François Bellis covering the new 2010 framework of vertical restraints (thus continuing, as promised, the analysis we have initiated in No. 4 of C&R with a special thematic file in that domain). Interestingly, after an article of Laurence Idot published in*



continuando, conforme o nosso anterior compromisso editorial, a análise que iniciámos no N.º 4 da *C&R* com um dossier temático naquele domínio). Numa conjugação que se nos afigura interessante, registamos aqui que, depois de um artigo de Laurence Idot, publicado no N.º 4 da *C&R* com um enfoque predominante na aplicação das regras de concorrência sobre restrições verticais na jurisdição francesa, e enfatizando que uma parte importante da aplicação dessas regras ocorre hoje em dia ao nível das jurisdições nacionais (sendo esse processo de aplicação das regras sobre restrições verticais particularmente importante em França), o artigo de Jean François Bellis, ora publicado no N.º 5, tem o seu foco específico direccionado para a reforma das regras da União Europeia e para o alcance global e o previsível impacto daquela reforma.

Esta interacção activa e crítica entre uma perspectiva *modernizadora* no plano da União Europeia e no plano nacional (dos Estados-membros) encontra-se também subjacente à análise desenvolvida noutros artigos publicados na Secção de Doutrina Geral deste N.º 5. Referimo-nos, em particular, aos artigos sobre as alterações ao teste de domínio no âmbito do controlo de concentrações e sobre a natureza jurídica, o alcance global e os objectivos dos compro-

*No. 4 and with a predominant focus on enforcement of competition rules on vertical restraints in the French jurisdiction and emphasizing that an important part of enforcement of those rules takes place nowadays at the level of national jurisdictions (with that enforcement process on vertical restraints being particularly important in France), the article of Jean François Bellis published in No. 5 has its specific focus directed towards the reform of EU rules and on the comprehensive breadth and foreseeable impact of that EU reform.*

*This active and critical interplay between a modernising perspective at the EU and national (Member State) levels is also underlying the analysis carried out in other articles published in the Section of General Doctrine of this No. 5. We refer, in particular, to the articles on the change of dominance test in the field of merger control and on the legal nature, global reach and goals of undertakings, conditions and obligations (generally known as 'remedies') in the field of merger control as well (in the first case, and pursuing our key editorial option of internationalization of the C&R*

missos, condições e obrigações (largamente conhecidos através da formulação anglo-saxónica de *remedies*), também no âmbito do controlo de concentrações (no primeiro caso, e cumprindo a nossa opção editorial de internacionalização da *C&R*, através de um artigo de Ioannis Kokkoris).

Em ambos os casos, há uma interacção especial entre os desenvolvimentos ocorridos ao nível da União Europeia e os desenvolvimentos que se adivinham na jurisdição portuguesa. De facto, considerando a perspectiva de uma revisão ampla da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003), é expectável que o teste substantivo para avaliação de concentrações venha a ser ajustado de forma a ser harmonizado com o novo teste de avaliação substantiva de concentrações da União Europeia constante do Regulamento sobre Controlo de Concentrações (Regulamento n.º 139/2004), uma vez que o actual teste estabelecido no Artigo 12.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 18/2003 é anterior ao referido Regulamento n.º 139/2004 e seguiu, ao tempo da sua adopção, o teste de domínio consagrado no anterior Regulamento comunitário de Controlo de Concentração (Regulamento do Conselho N.º 4064/89). A essa luz, é interessante e actual discutir de uma forma crítica as repercussões das alterações de 2004 ao teste de controlo de concentrações

*project, through an article of Ioannis Kokkoris).*

*In both cases, there is a particular interplay between developments occurred at the EU level and prospective developments in the Portuguese jurisdiction. In fact, considering the prospect of a comprehensive legislative review of the Portuguese Competition Act of 2003 (Law No. 18/2003), it is to be expected that the substantive test for evaluating mergers will be adjusted in order to bring it in line with the reviewed EU merger test of the EU Merger Control Regulation (Regulation No. 139/2004), as the current test established in Article 12, pars 3 and 4 of Law No. 18/2003 pre-dates the such Regulation No. 239/2004 and followed, at the time of its adoption, the dominance test established under the initial EC Merger Control Regulation (Council EEC Regulation No. 4064/89). In that light, it is interesting and timely to critically discuss the repercussions of the 2004 change of the EU merger control test [with the adoption of the significant impediment to effective competition (SIEC) test], as that may carry important lessons and vital corollaries*

da União Europeia [com a adopção do teste do *entrave significativo a uma concorrência efectiva* (SIEC)], uma vez que o mesmo pode trazer lições importantes e corolários da maior importância para a futura revisão da Lei n.º 18/2003 em Portugal.

No que respeita às denominadas ‘condições’ (remedies) no quadro do controlo de concentrações existe um importante *acquis* a nível da União Europeia que fornece pistas importantes para um possível melhoramento do sistema português de controlo de concentrações (ao abrigo, quer das regras actuais da Lei n.º 18/2003, quer de um regime de controlo de concentrações que seja objecto de determinados ajustamentos no seguimento do processo de revisão daquela Lei).

Por fim, mas não menos importante, e considerando especificamente a *modernização* da lei da concorrência portuguesa, a Secção de Doutrina Geral deste N.º 5 da *C&R* inclui um artigo que discute aspectos essenciais daquela revisão legislativa, no contexto da discussão crítica para a qual convidámos, em números anteriores da *C&R*, os nossos leitores e todos os interessados, a qualquer título, nesta área.

Justificar-se-á mesmo acrescentar, a este propósito, que a *modernização* da lei portuguesa da concorrência será um tópico chave de primordial

*for the incoming legislative review of Law No. 18/2003 in Portugal.*

*As regards remedies in merger control there is an important acquis at the EU level which also provides important clues to a possible fine tuning of the Portuguese merger control enforcement (under the current rules of Law No. 18/2003 as under a streamlined regime of merger control following the legislative review of that Law).*

*Last but not least, and considering specifically the modernisation of Portuguese competition law, the General Doctrine Section of this No. 5 of C&R includes an article discussing key aspects of that legislative review in the context of the critical debate to which we have invited our readers and all the relevant stakeholders in this area in the preceding numbers of C&R.*

*We would venture to add that the modernisation of Portuguese competition law will be a key topic which will be high in the agenda as regards the main public policies to be implemented in Portugal in the remaining part of 2011 and during 2012. In reality, although the recent discussion on a legislative review of Law No. 18/2003 has been interrupted*

importância na agenda relativa às principais políticas públicas a desenvolver em Portugal na parte remanescente do ano de 2011 e durante 2012. Na realidade, embora a recente discussão sobre a revisão da Lei n.º 18/2003 tenha sido interrompida pelas recentes eleições legislativas antecipadas, que foram convocadas em Abril de 2011, tal tema tem sido assumido como prioritário no contexto do pedido de ajuda financeira da União Europeia a Portugal (ao abrigo do Regulamento do Conselho N.º 407/2010 de 11 de Maio de 2010, que estabelece um Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, e de outros instrumentos legais complementares). Referimo-nos ao *Memorando de Entendimento* (MdE) relativo a essa assistência financeira e aprovado na reunião de 17 de Maio de 2011 do Conselho ECOFIN. Naturalmente, não pretendemos aqui comentar nem o mérito em si nem os aspectos que se possam revelar mais críticos para efeitos de execução deste MdE, nem tem aqui cabimento qualquer comentário às circunstâncias particulares da evolução da economia portuguesa que conduziram ao pedido de assistência financeira e à conclusão de tal MdE. Apenas nos propomos salientar que circunstâncias adversas – como são inequivocamente as que levaram ao pedido de assistência financeira –

*by the early election that was called in April 2011, conversely that theme has been assumed as a priority in the context of the request for the EU financial assistance to Portugal (under Council Regulation (EU) No. 407/2010 of 11 May 2010, establishing a European Financial Stabilisation Mechanism and under other complementary legal instruments). We refer here to the Memorandum of Understanding (MoU) concerning that financial assistance and approved at the meeting of the 17<sup>th</sup> of May, 2011, of the ECOFIN Council. Naturally, we do not purport here to comment either on the merits or on the critical issues that may arise from that MoU, nor do we purport to comment the particular circumstances of the evolution of the Portuguese economy that have led to the request of financial assistance and the conclusion of such MoU. We merely intend to emphasize that adverse circumstances – as the ones that have led to request of financial assistance undoubtedly are – may carry with it opportunities for reform with an important global reach. Interestingly, that occurs in the field of competition law and policy – an area in which the MoU establishes the need to*

podem trazer consigo oportunidades de reforma com um alcance global importante. Em termos que se nos afiguram interessantes e promissores, tal ocorre no âmbito do direito e da política de concorrência – uma área na qual o MdE estabelece a necessidade de serem adoptadas “*medidas que aumentem a celeridade e a efectividade da aplicação das regras de concorrência*”. Este objectivo primordial e estrutural deve ser prosseguido, de acordo com o MdE, através, *inter alia*, da criação de um “*tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial*” e da revisão da “*lei da concorrência, tornando-a o mais autónoma possível da lei administrativa e da lei processual penal e mais harmonizada com o quadro legal da concorrência da União Europeia*”.

O MdE também sublinha a necessidade, no contexto da revisão das regras actuais de direito da concorrência, de “*avaliar o regime de recursos e ajustá-lo à necessidade de aumentar a equidade e eficiência em termos de processo justo e da menor duração dos processos*”. Importa referir que algumas destas reformas já estão em curso, como sucede com a criação de um tribunal especializado para matérias de direito da concorrência (embora a forma como esta reforma venha na especialidade e *in concreto* a ser executada se mostre decisiva para o seu sucesso). Outras reformas – como

“take measures to improve the speed and effectiveness of competition rules’ enforcement”. *Such overriding and structural goal is to be pursued, according to the MoU through, inter alia, the establishment of “a specialised court in the context of the reforms of the judicial system” and the revision of “competition law, making it as autonomous as possible from the administrative law and the penal procedural law and more harmonised with the EU competition legal framework”.*

*The MoU also underlines the need, in the context of such legislative review of the current competition law rules, to “evaluate the appeal process and adjust it where necessary to increase fairness and efficiency in terms of due process and timeliness of the proceedings”. Some of those reforms are already under way, as it happens with the establishment of a specialised court for competition law matters (albeit the way this reform is detailed and implemented will be decisive for its success). Other reforms – as we discussed in preceding Numbers and the respective Editorials of C&R – were already being discussed (the idea of a*

discutimos em Números precedentes e nos respectivos Editoriais da *C&R* – já têm sido objecto de debate [sendo a ideia de um melhoramento qualitativo na aplicação das normas (*enforcement*) e na salvaguarda de um processo adequado e equilibrado (*due process*) componentes essenciais de tais reformas, como já fizemos notar, por exemplo, no Editorial do N.º 4 da *C&R*, salientando que tais questões têm uma efectiva relevância substantiva que é com frequência negligenciada]. Doravante, essa reforma legislativa é uma prioridade, ao abrigo de um compromisso assumido pelo Estado português, e, neste contexto, muito haverá a ganhar se for prestada devida atenção a outros processos nacionais de *modernização* do direito da concorrência noutros Estados-membros, como o que se iniciou no Reino Unido através do “*Discussion Paper*” e da Consulta lançada em Março de 2011 (“*A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform*”). Este documento salienta de forma sugestiva a importância da adopção de medidas que assegurem uma acrescida *efectividade* e *eficiência* na aplicação das regras de concorrência, através de um maior número de decisões num número significativo de casos relativos a práticas anticoncorrenciais que se situem para além do controlo de concentrações (e também subli-

*qualitative upgrade in enforcement and in due process being vital components of such prospective reforms as we already noted, e.g. in the Editorial of No. 4 of C&R, emphasizing that those issues have an actual substantive relevance that is often overlooked). Henceforth, that legislative reform is a priority, under a commitment undertaken by the Portuguese State, and, in this context, a lot may be gained if attention is paid to other national processes of modernisation of competition law in other EU Member States, as the one started in the UK through the Discussion Paper and Consultation launched in March 2011 (“A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform”). This document suggestively emphasizes the importance of adopting measures that ensure an accrued “effectiveness” and “efficiency” in enforcement of competition rules through a bigger number of decisions on significant number of cases aside from mergers (and also rightly underlines the decisive links between such enhanced enforcement of competition law and economic growth, a factor of major importance in the current Portuguese context). It brings to attention, as*

nha de forma acertada as ligações decisivas entre tal aplicação reforçada do direito da concorrência e o crescimento económico, um factor da maior importância no actual contexto português). O mesmo documento chama também a atenção para *preocupações* relevantes sobre a “*difficuldade de promover procedimentos de aplicação de normas de concorrência a custos razoáveis e em prazos razoáveis*”, e a consequente exigência da adopção de medidas que garantam que as Autoridades de Concorrência “*dispõem dos poderes e instrumentos adequados para resolver problemas de concorrência no interesse dos consumidores e da economia*”, ao mesmo tempo aumentando a “*coerência e previsibilidade na prática e adopção de decisões no âmbito da concorrência*”. Estes requisitos, devidamente sublinhados em relação a um dos sistemas de direito da concorrência mais desenvolvidos e mais testados por um exigente crivo prático em todo o mundo, devem também constituir um *Leitmotiv* fundamental para a *modernização* do direito da concorrência a prosseguir em Portugal e que a *C&R* pretende acompanhar e discutir, para benefício dos seus leitores e com a activa participação destes, em Números futuros da Revista.

Regressando ao tema da *modernização* do direito e política da concorrência ao nível da União Europeia,

*well, relevant “concerns” about “the difficulty in successfully prosecuting antitrust cases at reasonable cost and in reasonable time”, and the corresponding requirement to adopt measures ensuring that the Competition Authorities “have the right powers and tools to address competition problems in the interests of consumers and the economy”, while enhancing “coherence and predictability in competition practice and decision-making”. These requirements, duly underlined in connection with one of the most developed and tested competition law systems in the world, should also represent a fundamental Leitmotiv for the modernisation of competition law to be developed in Portugal and which C&R once more undertakes to follow and discuss to the benefit of its readers and with their active participation in the incoming numbers of the Review.*

*Turning again our attention to the modernisation of competition law and policy at the EU level, two key developments should be expected in the remaining part of 2011 and for 2012 in the fields of private enforcement of competition rules and collective redress and of services of*

dois desenvolvimentos importantes são esperados na parte remanescente do ano de 2011 e em 2012 no campo da aplicação na esfera privada das regras da concorrência (*private enforcement*) e dos mecanismos de reparação colectiva (*collective redress*) e na área dos serviços de interesse económico geral (neste último caso, na sequência da Consulta Pública de 2010 e da Comunicação da Comissão, de Março de 2011, sobre a Reforma das Regras da UE em Matéria de Auxílios de Estatais aplicáveis aos Serviços de Interesse Económico Geral, que deverá conduzir à adopção de novos instrumentos legais neste domínio até Dezembro de 2011). Também neste domínio assumimos perante os nossos leitores o compromisso de seguir de perto estes cruciais e críticos desenvolvimentos nos próximos Números da Revista.

No que respeita ao dossier temático sobre *regulação do ambiente* deste N.º 5, a *C&R* apresenta um conjunto de três artigos produzidos por autores de língua portuguesa de ambos os lados do Atlântico. O artigo de António Sequeira Ribeiro (*A revisão da Lei de Bases do Ambiente: Algumas notas sobre a vertente sancionatória*) explica as origens da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de Abril) e as suas relações com os programas de ambiente da União

*general economic interest (SIEG) (in this latter case, following the 2010 public consultation and a March 2011 Commission Communication on the Reform of the EU State Aid Rules on Services of General Economic Interest that should lead to the adoption of new legal instruments in this domain until December of 2011). We also remain committed with our readers to closely follow these crucial and critical developments in the coming numbers of C&R.*

*As regards the special thematic file on environmental regulation of this No. 5, C&R presents a set of 3 articles by Portuguese native speakers from both sides of the Atlantic. The Article by António Sequeira Ribeiro (The Revision of the Environmental Framework Law: Some Notes on the Punitive Aspects) explains the origins of the Portuguese environmental Framework Law (Law No. 11/87, from the 7<sup>th</sup> April) and its connections with environmental EU programs, aiming to discuss what should a revised text cover, considering the modified subsector regulations appeared since 1987. The Article main key is however set in what should the punitive*



Europeia, com o objectivo de discutir o que um texto revisto deveria abranger, considerando a regulação subsectorial surgida a partir de 1987. A questão chave do artigo reside, contudo, em saber como deveria ser composto o quadro punitivo da lei revista, apelando à necessidade de abandonar um pensamento de base criminal na acusação por infracções ambientais, de forma a conquistar-se maior eficácia na regulação e protecção do ambiente. O artigo de Heloísa Oliveira (*Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais*) visa discutir se as sanções penais e administrativas são mais ou menos adequadas como resposta às infracções ambientais. Num levantamento temático particularmente interessante, a Autora compara a estruturação dos princípios do processo penal, por um lado, com o procedimento administrativo, por outro, atingindo conclusões – como a defesa da adopção do princípio da oportunidade no âmbito de procedimentos sancionatórios administrativos, especialmente no que se refere à decisão de abertura de inquérito – que poderiam ser clarificados como ousadas em países de *civil law*, nos quais a investigação do maior número possível de infracções é tida como uma das principais vertentes da igualdade dos cidadãos perante o Estado. Neste dossier temático, a

*framework of the revised law look like, claiming for the need to abandon a criminal base thought on the prosecution of environmental infringements, in order to conquer more efficacy on the environmental regulation and protection. The article by Heloísa Oliveira (Efficacy and Adequacy on the Punitive Protection of the Environment) is aimed to discuss if penal and administrative sanctions are more or less adequate as a response to environmental infringements. In a particularly interesting analysis, the Author compares the principle-based structure of the criminal procedure, on the one hand, and that other one of the administrative proceedings, on the other, achieving conclusions – such as the claim for adoption of the principle of opportunity on the field of administrative punitive proceedings, especially regarding the decision to open the formal investigation procedure – that could be classified as daring in civil law countries, where prosecuting all possible infringements is seen as one of the main features of citizen equality before the State. In this issue thematic file, C&R is also pleased to publish an article by the Brazilian*

*C&R* tem ainda o prazer de publicar um artigo do Autor brasileiro José Danilo Tavares Lobato (*Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade*). Se nos ativermos a três palavras-chave para descrever o seu conteúdo, estas deverão corresponder a três aspectos primaciais: *ambiente*, *punição* e *democracia*. Danilo Lobato concentra a sua atenção nos crimes ambientais, evidenciando a forte dependência do direito criminal, neste domínio, em relação ao direito administrativo, e aos seus conceitos e estruturas legislativas. Este ponto de partida do subsector do direito criminal em causa parece ser um risco para a preservação *local* do princípio da legalidade, pretendendo o Autor apontar as soluções para o efeito, bem como ao princípio democrático, na definição dos crimes ambientais.

Ainda no Dossier Temático, o artigo de Giulio Federico (*Climate change and environmental policies in the European Electricity Sector*), que se insere no quadro da vocação internacional da *C&R*, analisa os principais desafios de natureza ambiental que se colocam ao sector energético da União Europeia (UE), em particular ao sector da energia eléctrica, e as suas implicações ao nível das políticas ambientais da União Europeia, incluindo uma análise do denomi-

*Author José Danilo Tavares Lobato (Administrative Accessoriness in the Environmental Criminal Law and the Risks to the Legality Principle). If one should choose a few words to appealingly describe its content, they would probably be the following three: environment, punishment and democracy. Danilo Lobato sets his attention on environmental crimes, showing the strong dependence of criminal law, in this field, from administrative law, its concepts and law-making structures. This point of departure of the criminal law subsector in question appears to be a risk to the local preservation of the legality principle, aiming the Author to point out the solutions to preserve it, as well as the democratic principle, in the definition of the environmental crimes.*

*Still comprehended in the thematic file, the article by Giulio Federico (Climate change and environmental policies in the European Electricity Sector), with which *C&R* displays its international vocation, analyses the main challenges to the energy sector in the European Union, particularly the electrical subsector, and its implications to the environmental politics of the EU, including an analysis*

nado *Emission Trading System* (ETS) ou Regime Comunitário de Licenças de Emissão da UE. Finalmente, e também no Dossier Temático, o artigo de Annette Bongardt e João Gata (*Competition policy and environmental protection: a critical overview*) analisa os possíveis conflitos e convergências ou sinergias entre política de concorrência e protecção ambiental em geral e na União Europeia. Este artigo analisa, em particular, o mecanismo ETS como instrumento principal para a implementação dos compromissos da UE relativamente ao protocolo de Quioto e o importante papel que a política de concorrência pode desempenhar para o seu bom funcionamento.

*to the so-called Emission Trading System (ETS). Finally, also in the thematic file, the article by Annette Bongardt and João Gata (Competition policy and environmental protection: a critical overview) discusses the possible conflicts and convergences or synergies between competition politics and environmental protection, generally and in the EU. The article analyses particularly the ETD mechanism as the central instrument for the implementation of the EU commitments as regards the Kyoto Protocol and the essential role that competition politics can perform in its good functioning.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina Geral*

*Dossier Temático*

*Ambiente*



# DOCTRINA GERAL





## THE NEW EU RULES ON VERTICAL RESTRAINTS

*Jean-François Bellis\**

*ABSTRACT: Since the entry into force of Regulation No 1/2003 on 1 May 2004, the Commission has stopped adopting decisions dealing with vertical agreements. Enforcement of the rules on vertical restraints has been largely left to Member State competition authorities and courts which can only rely on the Vertical Agreements Block Exemption and the accompanying Vertical Restraints Guidelines for Commission guidance. As this article shows, the new Regulation No 330/2010 and Guidelines, adopted on 20 April 2010, have largely preserved the essence of the previously applicable rules. The amendments introduced have been relatively modest and are generally welcome.*

**SUMMARY:** 1. The market share threshold. 2. Internet sales. 3. Exclusive distribution. 4. Location clauses. 5. Mixed distribution systems. 6. Potential justifications for hardcore restrictions. 7. Agency. 8. Upfront access payments. 9. Category management. 10. Conclusion.

The treatment of vertical agreements<sup>1</sup> under Article 101 TFEU (ex-Article 81 EC) was radically changed with the entry into force in 2000 of Regulation No 2790/1999<sup>2</sup> and the accompanying Vertical Guidelines.<sup>3</sup> Compared to the previous block exemptions on vertical agreements, Regulation No 2790/1999

---

\* Professor, Institut d'études européennes, Université Libre de Bruxelles (ULB); Partner, Van Bael & Bellis, Brussels.

1 For the purposes of this paper, "vertical agreements" means agreements or concerted practices between two or more undertakings each of which operates, for the purposes of the agreement or the concerted practice, at a different level of the production or the distribution chain, and relating to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services. The other principal category of vertical agreements (which is not covered in this paper) consists of agreements by which goods are supplied for the purpose of consumption or other use as opposed to resale.

2 Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article [101(3) TFEU] to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 1999 L 336/21.

3 Commission Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2000 C 291/1.

reflected the view that restrictions imposed in vertical agreements, that is, vertical restraints, may only have significant anti-competitive effects when they are engaged in by firms with market power. Regulation No 2790/1999, however, retained the list of so-called hardcore restrictions that could be found in earlier block exemptions on vertical agreements which prevent the application of the exemption even when engaged in by firms whose market shares are sufficiently low to benefit from the *De Minimis* Notice.<sup>4</sup>

The practical importance of Regulation No 2790/1999 and the Vertical Guidelines increased as a result of the entry into force on 1 May 2004 of Regulation No 1/2003<sup>5</sup> which implemented the “modernisation” policy introduced by the Commission following the publication of its 2000 White Paper<sup>6</sup>. Under the “modernisation” enforcement regime in place since 1 May 2004, undertakings are responsible for the self-assessment of their commercial practices in the light of the competition rules. National competition authorities and national courts are empowered to apply Article 101 TFEU in full, including Article 101(3) TFEU, and agreements may no longer be notified to the Commission in order to obtain a negative clearance or an individual exemption under Article 101(3) TFEU. These procedural changes have coincided with a radical shift in enforcement priorities of the Commission which now tends to restrict its direct interventions under Article 101 TFEU to cartels. With the sole exception of the automobile sector, there have been no new cases initiated by the Commission with respect to vertical agreements since the entry into force of Regulation No 1/2003. Enforcement of the rules on vertical restraints has been largely left to Member State competition authorities and courts.

It is in this context that the expiry of the Regulation No 2790/1999 in May 2010 led the Commission to revisit the issue of vertical restraints. Thus, on 20 April 2010, the Commission adopted final versions of the new Vertical Agreements Block Exemption Regulation<sup>7</sup> (the “new VABER”) and Vertical

---

4 Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article [101(1) TFEU], OJ 2001 C 368/13.

5 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles [101 and 102 TFEU], OJ 2003 L 1/1.

6 White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 EC, OJ 1999, C 132, p. 1.

7 Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 2010 L 102/1.

Restraints Guidelines<sup>8</sup> (the “new Vertical Guidelines”). The new VABER entered into force on 1 June 2010, and will expire at the end of May 2022. The new VABER provides for a transitional period of one year (until 31 May 2011) for agreements already in force on 31 May 2010 which satisfy the conditions of the old VABER (Regulation 2790/1999) but not the new VABER.

In general, it would appear that the new VABER and Guidelines are unlikely to have a significant effect on existing agreements, as they continue to reflect the same fundamental Commission policies. Although the new VABER is in several respects stricter than the old VABER, for instance, in that it introduces a new buyer market share threshold, the list of hardcore restrictions has been largely left untouched. Moreover, the new Guidelines appear to reflect a more liberal approach to hardcore restrictions in certain circumstances and include a new section expressly clarifying that hardcore restrictions should not be seen as *per se* prohibitions in all cases.

Among the most interesting changes in the VABER and Guidelines are the following:

- (i) the market share threshold;
- (ii) Internet sales;
- (iii) exclusive distribution;
- (iv) location clauses;
- (v) mixed distribution systems;
- (vi) potential justifications for hardcore restrictions (including resale price maintenance);
- (vii) agency agreements;
- (viii) upfront access payments; and
- (ix) category management.

## 1. THE MARKET SHARE THRESHOLD

Under the old VABER, for the exemption to apply only the market share of the supplier would normally be considered, except in the event of an exclusive supply obligation in which case the market share of the buyer would be taken into account.<sup>9</sup> In either case, the market share threshold was set at 30% (i.e.

---

<sup>8</sup> Commission Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2010 C 130/1.

<sup>9</sup> Article 9(1) of Regulation No 2790/1999.

respectively 30% on the market on which the supplier sells the contract good or services or 30% on the market on which the buyer purchases the contract goods or services).

This 30% market share threshold reflected the idea that only vertical restraints engaged in by firms with some degree of market power may pose a significant threat to competition. The reason for considering the market share of the buyer in the case of exclusive supply obligations was that such obligations mainly affect competitors of the buyer, whose access to the goods or services of the supplier may be foreclosed, thus restricting their ability to compete downstream with the buyer. Competitors of the supplier, in contrast, were seen as not being generally affected.

However, the definition of exclusive supply obligations was narrowly drafted.<sup>10</sup> It was only met if the supplier granted exclusivity for the whole EU to the same buyer, either for resale in general or for the purposes of a specific use. Thus, the applicability of the exemption to an exclusive supply obligation which was limited to an individual Member State would depend on the market share of the supplier and not that of the buyer. Moreover, the definition would not be met if the supplier granted exclusivity for the whole EU except for one Member State (the so-called “Maltese exception”). In such situation, the applicability of the exemption would also depend on the market share of the supplier and not that of the buyer.

Under the new VABER, for the exemption to apply, both the market share of the supplier and that of the buyer are now relevant. The market share of the supplier should not exceed 30% of the relevant market on which it sells the contract goods or services, and the market share of the buyer should not exceed 30% of the relevant market on which it purchases the contract goods or services.<sup>11</sup>

Apparently, one of the main reasons for the introduction of the double market share threshold was that the Commission wanted to avoid situations such as the so-called “Maltese exception”. It is unclear, however, how often this type of situation arose in practice under the old VABER.

Interestingly, the final version of the new VABER differs from previous drafts circulated for consultation, which required that the market share held by each of the undertakings must not exceed 30% on “any of the relevant

---

<sup>10</sup> Article 1(c) of Regulation No 2790/1999.

<sup>11</sup> Article 3(1) of Regulation No 330/2010.

markets affected by the agreement”. Thus, the previous draft could have been interpreted as requiring the market share of buyers on downstream selling markets not to exceed 30%. This reading may have reflected the view expressed sometimes by Commission officials that market power may exist at all levels in the production and distribution chain. However, if maintained, this provision would have led to considerable legal uncertainty due to the difficulty for suppliers to have data concerning the market share of its buyers in the downstream markets, which may often be much narrower in geographic scope than the market in which the supplier sells its products and the market in which the buyer purchases the products. For instance, to take a simplistic example, in the case of the sale of carbonated drinks to supermarkets, the supplier of carbonated drinks will very likely have data concerning its market share in the market for the supply of carbonated drinks to supermarkets, which will likely be national in scope. However, although the market for the purchase of carbonated drinks by supermarkets will likely be national in scope, the market for the sale of carbonated drinks by supermarkets to end customers may well be local. In this context, it may be very difficult for the supplier to obtain data concerning the market shares of supermarkets in the various local markets for the sale of carbonated drinks to end customers.

It appears that, following the comments received from interested parties during the consultation process, the Commission decided that, as far as the buyer was concerned, the market share threshold should focus only on the market in which it purchases the contract goods or services.

Nevertheless, the final version of the new VABER does not eliminate all problems for the supplier. It may indeed be difficult in many instances for a supplier to assess whether the exemption applies as information concerning the purchase market(s) on which its buyers operate may not be readily available. In order to determine the market share of the buyer on a purchasing market, one must know how much the buyer purchases from competitors. Taking the above example, in order for the supplier of carbonated drinks to know whether the new VABER would apply to an agreement with a supermarket, it should know how much that supermarket purchases from competing suppliers of carbonated drinks.

In addition, this provision could even discourage the use of multi-brand distributors/dealers, given that such distributors will generally have higher shares on the purchasing markets than single-brand distributors. For instance, if supplier X has a market share of 25% in the relevant market for the supply

of machine A and deals with an exclusive distributor (distributor Y), supplier X may have an incentive not to deal with a multi-brand distributor as it is likely that a multi-brand distributor may have a market share exceeding 30% on the purchase market. In fact, supplier X may have an incentive to impose a non-compete obligation on its distributor Y just to ensure that the agreement benefits from the new VABER (in that case, supplier X will be sure that distributor Y will not have a market share exceeding 30% on the purchase market since distributor Y is not allowed to buy competing machines from other suppliers).

## 2. INTERNET SALES

The increasingly common use of Internet to advertise and sell products in recent years has given rise to one of the most contentious debates in the review. E-retailers and Internet sales platforms, on the one hand, and luxury brands, on the other hand, lobbied intensely the Commission over the question of whether and to what extent suppliers were entitled to restrict Internet sales. Overall, the new rules largely confirm the Commission's traditional approach to Internet sales, with some relatively minor changes.

Thus, as a matter of principle, a supplier cannot prohibit Internet sales by its distributors in general and cannot exclusively reserve to itself this form of sales and promotion. According to the Commission, every distributor must be allowed to use Internet to sell products.<sup>12</sup> Although, in principle, it may be possible to put forward arguments relating to product safety and the protection of consumer health in order to justify a restriction of Internet sales, it will be very difficult to substantiate these arguments in practice (in all likelihood, there may be less restrictive means to ensure product safety and consumer health than prohibiting Internet sales). In addition, to the extent that an argument relating to product safety or consumer health is put forward to justify an Internet restriction, the restriction should apply equally to all distributors, including the supplier (unless the supplier can justify that it is in a position to ensure product safety and consumer health through Internet sales and that its distributors are not).

In relation to Internet sales, the general position adopted in the Vertical Guidelines is that a restriction of a buyer's right to advertise and sell over the internet will be considered to be a hardcore passive sales restriction, even in

---

<sup>12</sup> Vertical Guidelines, recital 52.

a selective distribution system. Indeed, according to the Vertical Guidelines, “active sales” mean actively approaching individual customers by, for instance, direct mail or visits, advertisement in the media which is specifically targeted at that customer group or customers in a specific territory.<sup>13</sup> In contrast, “passive sales” means responding to unsolicited requests from individual customers, including general advertising or promotion that reaches customers in other distributors’ (exclusive) territories or customer groups but which is a reasonable way to reach customers in one’s own territory

The Commission’s view that Internet sales restrictions constitute in principle a hardcore restriction on passive sales is based on the notion that it is the customer that initiates the contact by visiting the website of the distributor. It is only in situations where the Internet is used specifically to target customers in another distributor’s territory that it will be considered to be a form of active selling there (which can under certain circumstances be restricted).

Although, as indicated above, it will not be possible in principle to ban Internet sales by distributors, it may be possible to exclude pure e-retailers and Internet sales platforms in some circumstances. Thus, a requirement on distributors to have bricks and mortar premises will be exempted by the new VABER provided they are also permitted to make Internet sales subject to criteria which are “equivalent” to those applied to bricks and mortar sales. According to the new Vertical Guidelines, both sets of criteria must pursue the same objectives and achieve comparable results, and the difference between the criteria must be justified. Moreover, the Vertical Guidelines confirm that, if the distributor uses a third party platform to host its website, the supplier may require that the logo or name of the third party be invisible to customers.<sup>14</sup>

In addition, the Commission clarified in the new Vertical Guidelines a number of obligations that will be treated as hardcore passive sales restrictions. These include an obligation on a distributor to limit, or reroute, access to its website by customers outside its territory, as well as an obligation on a distributor to terminate a transaction if credit card details reveal a customer’s address outside the distributor’s territory. Although requiring a distributor to limit the proportion of its overall sales over the internet will be regarded as

---

<sup>13</sup> Vertical Guidelines, recital 51.

<sup>14</sup> Vertical Guidelines, recital 54.

a hardcore restriction of passive sales, the supplier may oblige the distributor to sell at least a certain absolute amount of the products from its brick and mortar shops (in order to ensure that the shops are realistically viable). It will also be regarded as a hardcore restriction of passive sales where a supplier charges a higher price to a distributor for products intended for resale over the internet than for products intended for off-line sales, unless on-line sales entail higher costs for the supplier (e.g. where more complaints and warranty claims are made to a supplier concerning the contract products by end users because on-line resellers do not provide home installation services for the products). However, a supplier may pay a fixed (but not a variable) fee to support off-line sales' efforts by its distributors.<sup>15</sup>

In contrast, a supplier will not be considered to restrict passive sales where it prohibits the use by a distributor of the following types of on-line promotion: online advertisements specifically targeted at certain customers; territory-based banners placed on third party websites; or advertisements displayed by search engine providers or online advertisement providers to users in a particular territory. Therefore, these latter restrictions will be exempted by the new VABER in the context of exclusive distribution systems in which active sales restrictions are exempted.<sup>16</sup>

Finally, it should be noted that the European Court of Justice ("ECJ") will have the opportunity to examine some of these questions in the context of a preliminary reference which is currently pending (Case C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique vs. Président de l'Autorité de la Concurrence*; this case concerns an appeal by a French cosmetics and perfume manufacturer, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, against an infringement decision of the French Competition Authority relating to Internet sales restrictions).<sup>17</sup> This

---

15 Vertical Guidelines, recital 52(d).

16 Vertical Guidelines, recital 53.

17 On 29 October 2009, the Paris Court of Appeal made a preliminary reference to the ECJ concerning restrictions on Internet sales in the context of the litigation in the Pierre Fabre Dermo-Cosmétique case. In this case, the French Competition Authority found that a manufacturer of cosmetics, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, breached Article 101 TFEU and the equivalent provision of French law by prohibiting its distributors in a selective distribution system from selling cosmetic products over the Internet. The French Competition Authority found that the total ban on Internet sales imposed by Pierre Fabre Dermo-Cosmétique amounted to a restriction of active and passive sales which constituted a hard-core restriction within the meaning of the VABER and which could not be exempted through an individual assessment under Article 101(3) TFEU. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique brought an action for annulment against this decision before the Paris Court of Appeal and obtained the suspension of the obligation imposed by the decision to amend its selective distribution contracts pending its appeal on the merits.



preliminary reference gives the ECJ the opportunity to rule for the first time on the controversial issue of Internet resale restrictions. It remains to be seen whether the ECJ will endorse the Commission's approach in this respect.

### 3. EXCLUSIVE DISTRIBUTION

Traditionally, exclusive distribution is a form of distribution in which the supplier agrees to sell its products only to one distributor for resale in a particular territory or customer group.<sup>18</sup> Moreover, in an exclusive distribution agreement, the distributor is normally restricted in its ability to actively sell into other territories or customer groups exclusively allocated to other distributors. As a result of the imposition of this same restriction on other distributors, each exclusive distributor will be protected from active sales by other distributors into its exclusively allocated territory or customer group. The new Vertical Guidelines do not significantly change the Commission's approach towards exclusive distribution.

However, the new Vertical Guidelines now make it clear that a supplier can itself actively sell into an "exclusive" territory or customer group without this territory ceasing to be considered to be exclusively allocated to a distributor.<sup>19</sup> In contrast, the old Vertical Guidelines explicitly indicated that a territory or customer group is exclusively allocated when the supplier agrees to sell his product only to one distributor for distribution in a particular territory or to a particular customer group and the exclusive distributor is protected

---

The European Commission intervened as *amicus curiae* in the proceedings before the Paris Court of Appeal in support of the French Competition Authority's decision. The European Commission argued that a total ban on Internet sales by selective distributors amounts to a hardcore restriction within the meaning of the VABER, unless it is objectively justified in exceptional circumstances (for instance, on public security or public health grounds). The European Commission also argued that a hardcore restriction constitutes a restriction of competition by object, although this does not exclude the possibility for the restriction to qualify for an exemption under Article 101(3) TFEU following an individual analysis.

Both Pierre Fabre and the European Commission suggested that, should the Paris Court of Appeal have doubts as regards the interpretation of the EU competition rules, it should stay the proceedings and make a preliminary reference to the ECJ. Thus, in view of (i) the compelling arguments put forward by the parties, which interpreted very differently the relevant competition rules, (ii) the silence of the VABER as regards Internet restrictions and (iii) the non-binding character of the European Commission's Vertical Guidelines (which indicate that a total ban on Internet sales amounts to a hard-core restriction), the Paris Court of Appeal has asked the ECJ to rule on whether a ban on Internet sales would be a hardcore restriction by object within the meaning of Article 101(1) TFEU and the VABER.

On 3 March 2011, Advocate General Mazak issued an Opinion in which he recommends to the Court to give replies to the questions put by the Paris Court of Appeal that largely endorse the Commission's approach.

<sup>18</sup> Vertical Guidelines, recital 151.

<sup>19</sup> Vertical Guidelines, recital 51.

against active selling into his territory or customer group by the supplier and all the other buyers of the supplier inside the EU. Thus, it seems that the Commission was persuaded that its previous position as reflected in the Vertical Guidelines was unnecessarily restrictive insofar as it excluded the possibility to conduct “dual distribution”, which is quite common in practice, under the protection of the VABER (“dual distribution” means that the supplier sells to a distributor but at the same time sells to end customers directly through its own sales force).

However, the notion of exclusive distribution still requires that (i) the supplier does not appoint other distributors in the territory and (ii) distributors appointed elsewhere by the supplier cannot actively sell in the territory. In practice, this change will permit a supplier to actively sell to end customers in a territory in which it appoints one distributor without that distributor losing the protection from active sales there by other distributors.

#### 4. LOCATION CLAUSES

A location clause is a restriction preventing a distributor from operating out of an unauthorized place of business. With respect to location clauses, the new VABER exempts a prohibition on a buyer from operating from an unauthorized place of business in the context of any type of distribution system, including non-exclusive distribution (under the old VABER it was already possible to impose location clauses in the context of both selective and exclusive distribution).<sup>20</sup> Thus, although the new VABER retains the approach of the old VABER to active sales restrictions (which can only be imposed with respect to exclusively allocated, or reserved, territories or customer groups), the new more liberal approach to location clauses will allow suppliers to grant some territorial protection even in non-exclusive distribution systems. Therefore, for instance, even if a supplier operates a system that is neither selective nor exclusive in a given territory, the supplier may nevertheless impose a location clause on each distributor (i.e. the supplier may prevent the distributors from opening a secondary outlet and from transferring their retail outlet to a different location).

---

<sup>20</sup> Article 4(b) of Regulation No 330/2010.

## 5. MIXED DISTRIBUTION SYSTEMS

For the purposes of this paper, “mixed distribution systems” mean situations in which a supplier uses selective distribution in one territory and exclusive distribution in another territory.

As regards selective distribution, the new VABER expressly confirms that a prohibition on sales by members of a selective distribution system to unauthorized resellers is not covered by the block exemption if those unauthorized resellers are located in areas of the EU where the supplier does not operate a selective distribution system (unless the areas are reserved for the creation of a selective distribution system in the future).<sup>21</sup> Therefore, selective distributors in one territory cannot be prevented from making sales to unauthorized distributors in another territory where the supplier uses exclusive distribution.

However, as under the old VABER, a supplier can prohibit members of a selective distribution system from making active sales into an exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer (in areas where selective distribution is not used).<sup>22</sup> However, there still is no provision that exempts obligations imposed on buyers located in areas of the EU where the supplier does not operate a selective distribution system from selling to unauthorized resellers in areas where a selective distribution system is in operation. Thus, although a selective distributor may be prevented from making active sales into the territories or customer groups exclusively allocated to other distributors (in areas where the supplier operates exclusive distribution), the latter may not be prevented from making sales to unauthorized distributors (in areas where the supplier operates selective distribution). This situation may therefore undermine the viability of mixed distribution systems.

## 6. POTENTIAL JUSTIFICATIONS FOR HARDCORE RESTRICTIONS

In the Commission’s view, hardcore restrictions are restrictions by object<sup>23</sup> (restrictions which are presumed to be anti-competitive and for which there is no need to demonstrate anti-competitive effects). As under the old VABER, the inclusion of a hardcore restriction in a vertical agreement or concerted

---

<sup>21</sup> Article 4(b) (iii) of Regulation No 330/2010.

<sup>22</sup> Article 4(b) (i) of Regulation No 330/2010.

<sup>23</sup> Vertical Guidelines, recital 23.

practice will lead to the exclusion of the benefit of the block exemption for the entire agreement.<sup>24</sup> However, the Commission has now explicitly stated in the Vertical Guidelines that, even in the context of hardcore restrictions, undertakings may in principle demonstrate pro-competitive effects under Article 101(3) TFEU in an individual analysis.<sup>25</sup> Therefore, the Commission has clarified that the inclusion of a hardcore restriction in a vertical agreement will not lead to a *per se* finding of infringement.<sup>26</sup>

Thus, the new Vertical Guidelines expressly recognize that hardcore restrictions may “exceptionally be objectively necessary for the existence of an agreement of a particular type or nature” and fall outside Article 101(1) TFEU or qualify for individual exemption under Article 101(3) TFEU.<sup>27</sup> The new Vertical Guidelines cite a number of examples in which this outcome may be justified, including the following two scenarios:

- (a) Two year absolute territorial protection for first distributors of a brand

In recognition of the need to give an incentive for the significant investments likely to be required by a distributor to launch a new brand, or an existing brand in a new market, the new Vertical Guidelines clarify that preventing distributors located elsewhere from making both active and passive sales in such a distributor’s territory for a period of two years will normally not be regarded as falling within Article 101(1) TFEU.<sup>28</sup> This wording is slightly different from that of the previous Vertical Guidelines, which referred to the introduction of “new products”, but perhaps no special significance should be attached to this.

- (b) Test products or staggered introduction of new products

According to the new Vertical Guidelines, in the case of testing of a new product in a territory or with a limited customer group and that of a staggered introduction of a new product, the distributors appointed

---

24 Article 4 of Regulation No 330/2010.

25 Vertical Guidelines, recital 47.

26 This welcome clarification appears to be a consequence of the controversial debate that arose in the context of the *Leegin* judgment by the US Supreme Court, in which the Supreme Court abandoned a *per se* prohibition of resale price maintenance and adopted a rule of reason. See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

27 Vertical Guidelines, recital 60.

28 Vertical Guidelines, recital 61.

to sell the new product in the test market or to participate in the first rounds of the staggered introduction can be restricted in their active selling outside the market in question for the period necessary for the testing or for the introduction of the product.<sup>29</sup> The rationale behind this exception is that, in the absence of this restriction, the testing or the introduction of the product may be jeopardized if the distributor does not concentrate its sales efforts in the territory or customer group in question.

(c) Dual pricing for off-line and online sales

As indicated above, the new Vertical Guidelines indicate that, in principle, charging a higher price to distributors for online sales than for off-line sales is a hardcore restriction.<sup>30</sup> However, it may be possible for the supplier to charge higher prices for sales to be made online if these entail substantially higher costs for the supplier (e.g. more customer complaints or warranty claims due to incorrect installation).

(d) Resale price maintenance (RPM)

Resale price maintenance remains a hardcore restriction that prevents the application of the block exemption. However, whilst listing various negative effects of RPM, the new Vertical Guidelines also for the first time recognize the types of efficiencies that may in certain circumstances be generated by RPM and could, in principle, justify an exemption under Article 101(3) TFEU in an individual assessment.<sup>31</sup> In particular, as regards the potential efficiencies arising from RPM, the new Vertical Guidelines mention the following:

- On the launch by a manufacturer of a new product, RPM may cause distributors in a competitive market to increase promotional efforts and develop demand, i.e., by preventing free-riding among distributors (these are the factual circumstances which also normally justify a prohibition on both passive and active sales into the distributor's territory for an initial period of two years following the launch of a new brand or entry into a new market; discussed above).

<sup>29</sup> Vertical Guidelines, recital 62.

<sup>30</sup> Vertical Guidelines, recital 64.

<sup>31</sup> Vertical Guidelines, recital 223.

- RPM may be necessary in a franchise or similar distribution system applying a uniform distribution format for a coordinated short term low price campaign (i.e., of two to six weeks duration).
- The extra margin provided by RPM may sometimes allow retailers to provide additional pre-sale services (in particular in case of experience or complex products) and prevent free-riding by distributors not offering these services and hence being able to sell at a lower price. On the other hand, elsewhere in the new Vertical Guidelines, the Commission reiterates the general observation that the avoidance of free riding among distributors is not a justification for vertical restraints where it is practical for a manufacturer to impose by contract effective promotion and/or service obligations on all distributors; an approach which, until now, has made the use of selective distribution very much the preferred method of addressing free-riding.

Thus, as far as RPM is concerned, although in principle the Commission has recognized the theoretical possibility to substantiate efficiencies, it is likely that in practice it will be very difficult to provide the necessary evidence. Therefore, it is questionable to what extent this new more liberal language in the new Vertical Guidelines will have a significant impact in practice.

## 7. AGENCY

Agency agreements are agreements by which a legal or physical person (the agent) is empowered to negotiate and/or conclude contracts on behalf of another person (the principal). Agency agreements can involve either the purchase or the sale of goods or services on behalf of the principal. According to well-established case-law, Article 101 TFEU only applies to agreements between two economically independent operators. Thus, the restrictions imposed by a principal on an agent in relation to the sale (or purchase) of the principal's goods fall outside Article 101(1) TFEU where the agent is considered to be so dependent on the principal that the two form part of the same economic unit. It is a precondition of a finding of economic unity that the agent should not bear financial or commercial risks in relation to the activities for which it has been appointed by the principal. This will be determined on the basis of the economic reality of the relationship and not

on the basis of the legal form used by the parties. According to the case-law and as the old Vertical Guidelines indicated, the determining factor in assessing whether Article 101(1) TFEU is applicable is whether the financial and commercial risk borne by the agent in relation to the activities for which he has been appointed as an agent by the principal.<sup>32</sup> In this respect, it is not material for the assessment whether the agent acts for one or several principals.

However, in relation to this issue, the new Vertical Guidelines recognize that the only commercial or financial risks borne by an agent which are relevant in order to establish whether restrictions on the sale of the principal's goods by the agent fall within the scope of Article 101 TFEU are risks incurred in the same product market as that to which the goods subject to the agency relationship belong.<sup>33</sup> Therefore, restrictions on the agent may escape Article 101 TFEU in one market in which it does not bear significant risks (e.g., the sale of new motor vehicles) whilst being subject to Article 101 TFEU in another related market in which it is required to bear risks by the same principal (e.g., the vehicle repair market). The latter risks do not make Article 101 TFEU applicable to restrictions in the former market. This more liberal approach seems to have been introduced as a result of the *DaimlerChrysler* judgment of the General Court.<sup>34</sup>

## 8. UPFRONT ACCESS PAYMENTS

The new Vertical Guidelines analyze for the first time upfront access payments, which is the increasingly common practice whereby suppliers pay distributors (e.g., supermarkets) in order to obtain access to their distribution

---

<sup>32</sup> Vertical Guidelines, recital 13.

<sup>33</sup> Vertical Guidelines, recitals 14-15.

<sup>34</sup> See *DaimlerChrysler v. Commission*, [2005] ECR II-3319. In this case, the General Court suggested that the categorization as an agent in respect of the sale of the principal's goods or services in one market will not be compromised by an obligation placed on the agent by the same principal to bear risk in other (even closely related) markets. Agents appointed by DaimlerChrysler to sell motor vehicles were also required to carry out after-sales services and stock spare parts. The fact that the agents were required to bear risks associated with after-sales services and spare parts (including the cost of a workshop) did not affect the analysis of whether Article 101(1) TFEU applied to restrictions on the agents imposed in relation to the sale of vehicles. This appeared to directly contradict the contrary position of the Commission as set out in the old Vertical Guidelines. Furthermore, it is questionable whether this approach is consistent with the Court of Justice's approach in *VAG Leasing*, [1995] ECR I-3477. In deciding that Article 101 TFEU applied to restrictions imposed on Volkswagen dealers when they acted as agents in respect of the leasing of Volkswagen vehicles, the Court of Justice considered it relevant that these same dealers were required by Volkswagen to act largely independently in their principal business of selling and servicing Volkswagen vehicles.

networks.<sup>35</sup> These various arrangements are in principle block exempted. Outside the block exemption, the Guidelines indicate that they may possibly have negative effects similar to exclusive supply or non-compete obligations, or facilitate collusion among distributors. They may, however, also have compensating efficiencies such as, for instance, efficient allocation of shelf space for new products. On the one hand, distributors may often have less information than suppliers on the potential success of new products and that a supplier would normally agree to pay an upfront access fee if it has indications that the probability of failure is low. On the other hand, suppliers may have incentives to free-ride on distributors' promotional efforts in order to introduce sub-optimal products since if a product is not successful the distributors will pay part of the costs of the failure. However, upfront access fees may prevent such free-riding by making suppliers bear the full risk of product failure and contributing to an optimal product introduction. However, as it seems apparent from the foregoing discussion, upfront access payments are likely to be less relevant in many economic sectors.

## 9. CATEGORY MANAGEMENT

Finally, the new Vertical Guidelines also analyze for the first time the practice whereby one supplier is appointed by a distributor to be responsible for the marketing of all products of a certain type sold by the distributor, including products of competing suppliers (category management agreements). These arrangements are in principle block exempted. Outside the block exemption, according to the Guidelines they may possibly have negative effects including, among others, foreclosure of competing suppliers or collusion between distributors, although there may be compensating efficiencies.<sup>36</sup> Similarly, category management agreements are also likely to be less relevant in many sectors.

## 10. CONCLUSION

In view of the foregoing, it is possible to conclude that the new VABER and the new Vertical Guidelines have largely preserved the essence of the previously applicable rules. In general, the amendments introduced have been relatively modest. Moreover, most of these amendments should probably

---

<sup>35</sup> Vertical Guidelines, recitals 203-208.

<sup>36</sup> Vertical Guidelines, recitals 209-213.



be welcome, except perhaps the amendments concerning the market share threshold which may lead to legal uncertainty and added complexity in many cases. The stability of this corpus of rules should ultimately be beneficial to undertakings, national competition authorities and national courts, which have become the main actors responsible for the interpretation and implementation of these rules in the “post-modernisation” era.

Looking further into the future, one may wonder whether the new VABER may not be the last one. Under the enforcement regime introduced by Regulation No 1/2003, block exemptions no longer fulfill the essential role that they played under the old regime where, as a result of the strict and formalistic interpretation of the concept of “restriction of competition” embraced by the Commission, almost every agreement involving restrictions on the freedom of action of a party fell under the prohibition of Article 101(1) and was null and void unless it qualified for an exemption pursuant to Article 101(3) which the Commission alone could deliver<sup>37</sup>. In view of the Commission’s inability to grant individual exemptions to the myriad of agreements needing them, block exemptions were developed as a practical solution to deal with the huge backlog of notified agreements waiting for an exemption. This problem no longer exists. Any judicial or administrative authority is now able to apply Article 101(3) to any agreement without there being any need for an intervention by the Commission. It would therefore be possible for the Commission to limit itself to providing guidance by issuing guidelines without actually resorting to the adoption of a formal block exemption on vertical restraints. After all, this is the solution applied to horizontal restrictions which are essentially covered by guidelines with the sole exception of R&D<sup>38</sup> and specialisation<sup>39</sup> agreements which continue to be subjected to two block exemptions: unlike what the Commission with respect to vertical restraints, the Commission never tried to replace these two specific and rather anachronistic block exemptions with a general block exemption covering all horizontal restrictions. The next and final step

---

37 See BELLIS, Jean-François, 2000, « Le Livre Blanc sur la modernisation des règles d’applications des articles 81 et 82 du traité CE – Un pas décisif vers le démantèlement d’un particularisme européen », *JTDE*, juin 2000, p. 129-133.

38 Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) TFEU to certain categories of research and development agreements, OJ 2010 L 335/36.

39 Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) TFEU to certain categories of specialisation agreements, OJ 2010 L 335/43.

in the modernisation of Article 101 would consist in discarding all block exemptions as they are nothing but a remnant of an enforcement model which has disappeared with the entry into force of Regulation No.1/2003. Let us hope that by 2022 national courts and enforcement authorities as well as business enterprises will have become sufficiently comfortable with the more economic and in practice largely more liberal application of the EU competition law on vertical restraints to accept that the new VABER should expire then without any successor. Time will tell.

# ASPECTOS NORMATIVOS DECISIVOS PARA A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

*Gonçalo Anastácio\**

*ABSTRACT: Portuguese Competition Law is currently under debate and there are plenty of amendments that would be quite useful or very much necessary notably in the light of close to a decade of application. However, one should not lose track of the fact that, in the current standard, changes in the substantive law are a very limited response to the needs of competition enforcement and that it is possible to make a vast number of useful amendments without really making a difference. The purpose of this short paper is therefore to identify the changes that would indeed be decisive in the modernisation of the Portuguese Competition Law.*

SUMÁRIO: I. Enquadramento. II. A futura Lei da Concorrência. 1. Compromissos. 2. Orientações para cálculo das coimas. 3. Publicidade das decisões. 4. Regras processuais. 5. Notificação de concentrações com base em quota de mercado? 6. Notificação simplificada de concentrações. 7. Notificação de concentrações sem vinculação das partes. 8. Eliminação de prazo para notificação de concentrações. 9. Regime de clemência. 10. Prazos. 11. Recursos (remissão). III. A criação do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão. (i) Agregação de matérias. (ii) Apoio técnico. (iii) Descentralização judicial. (iv) O relevo específico da localização. (v) Uma opção ineficiente? IV. Nota conclusiva.

## I. ENQUADRAMENTO

A aplicação efectiva do Direito da Concorrência em Portugal é uma realidade ainda recente. Portugal dispõe de uma legislação de concorrência em vigor desde 1984<sup>1</sup> mas só em 2003, com a criação da Autoridade da Concorrência

---

\* Advogado Especialista em Direito da Concorrência, Sócio da SRS Advogados e Docente Universitário na área da Concorrência e Regulação.

1 Decreto-Lei ("DL") n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

(“AdC”), esta área do Direito se afirmou verdadeiramente. É certo que o elemento legislativo, do qual cuida exclusivamente este artigo, não constituiu a parte crítica do *competition enforcement*. Não obstante, num momento em que a revisão da actual Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência, “LdC”) se encontra em debate, o presente artigo procura identificar, de entre as alterações necessárias, quais seriam os aspectos decisivos para a modernização do Direito da Concorrência em Portugal.

Portugal é reconhecidamente um país com uma história adversa ao liberalismo e à ideia de livre concorrência, tendo sido a entrada em vigor das primeiras leis de concorrência (cerca de um século mais tarde do que nos EUA<sup>2</sup>) pouco mais do que o cumprimento de um requisito de pré-adesão à então CEE. Há que reconhecer, porém, que também ao nível da maior parte dos Estados-Membros da União Europeia, e do próprio Direito Europeu, o panorama na década de 80 era muito primário face ao que existe actualmente. Basta a este propósito recordar que em sectores de primeira importância, como a própria banca<sup>3</sup>, não era linear a aplicação das normas de concorrência, e que só no início da década de 90 passou a existir controlo europeu de concentrações<sup>4</sup>.

Numa primeira fase<sup>5</sup>, hoje memória distante, o país dispunha de um sistema normativo que mantinha uma série de aspectos anacrónicos, tais como a existência de um sistema desarticulado e ineficaz (dicotomia Conselho da Concorrência e Direcção-Geral), a aprovação das concentrações pelo Governo (Ministro da Economia, ou Secretário de Estado, mediante delegação)<sup>6</sup>, a não abrangência do sector financeiro no sistema de controlo de concentrações, a não aplicação da LdC às concessionárias de serviços públicos, a mistura no mesmo diploma das equivocadamente baptizadas “práticas individuais restritivas da concorrência”<sup>7</sup>, a previsão de um limiar máximo de coimas sem capacidade dissuasora<sup>8</sup>, a inexistência de regras *de minimis*, etc.

2 Cfr. *Sherman Antitrust Act*, de 1890.

3 Cuja situação só foi clarificada, pelo TJCE, nos anos 80 – cfr. acórdão *Züchner*, de 14.07.81, proc. 172/80.

4 Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro, que entrou em vigor a 21.09.1990.

5 Para uma panorâmica deste período, cfr. *Morais 2009*: 133 ss.

6 No mesmo sentido crítico a esta solução, *inter alia* Cunha, 2005: 191.

7 Actual DL n.º 370/93, de 29 de Outubro.

8 200 mil contos (cerca de um milhão de euros), no quadro da anterior LdC – artigo 37.º, n.º 1, do DL n.º 371/93, de 29 de Outubro.

Tendo tais aspectos sido corrigidos, importa aproveitar a anunciada revisão da legislação vigente<sup>9</sup> para diagnosticar os *bottlenecks* do actual normativo e identificar propostas passíveis de os resolver. É tal é particularmente pertinente no momento actual de crise do país e de crítica ao respectivo paradigma económico, na medida em que a política de concorrência pode ser um elemento importante<sup>10</sup> para os ganhos de eficiência e competitividade de que Portugal tanto carece.

## II. A FUTURA LEI DA CONCORRÊNCIA

1. Previsão legal de decisões com *compromissos* voluntários<sup>11</sup>, em sede de práticas restritivas, à semelhança do regime existente a nível europeu. A inclusão deste tipo de mecanismos seria particularmente importante para uma muito maior eficiência do sistema e pedagogia junto das empresas, permitindo um encerramento muito mais célere dos procedimentos, evitando litígios complexos, aplicação de coimas, recursos judiciais, e a estigmatização das empresas ao nível da sua imagem. Esta solução permitiria, ainda, eventuais ganhos adicionais para a concorrência, atenta a possibilidade de, nas referidas decisões não sancionatórias, se optar voluntariamente por medidas mais pro-concorrenciais do que as resultantes da estrita aplicação das normas jusconcorrencias. Embora a AdC já tenha nalguns casos<sup>12</sup> emitido decisões incluindo compromissos (comportamentais), o quadro em que o pode fazer e respectiva latitude é altamente incerto não permitindo tirar pleno partido das vantagens elencadas.

De uma forma mais geral, seria importante dotar a AdC de todo o conjunto de instrumentos de acção (e de controlo) das suas congéneres mais avançadas, desde logo os previstos no Regulamento 1/2003<sup>13</sup>.

---

9 Para além das declarações do Ministro da Economia da Inovação e do Desenvolvimento, a 14 de Janeiro de 2010, na III Conferência de Lisboa sobre o Direito e a Economia da Concorrência, organizada pela AdC, cfr. apresentação do Presidente da Autoridade da Concorrência, Sebastião, 2010 e o *call for papers* promovido pela Revista de Concorrência & Regulação, no N.º 3 do Ano 1.

10 Nesse sentido, cfr. a importância justamente conferida pela Troika ao reforço da Política de Concorrência: Ponto 8 do *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, 3 de Maio de 2011.

11 No mesmo sentido, a supra citada intervenção do Presidente da AdC, ponto II, 2. 3).

12 Cfr *v.g.* comunicados de imprensa da AdC 16/2007, 13/2008 e 20/2009.

13 Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 (JO L 1 de 4.1.2003).

2. Obrigação de estabelecimento de *orientações para o cálculo de coimas* minimamente densificadas<sup>14</sup>, em linha com as melhores práticas europeias<sup>15</sup> e internacionais. Naturalmente que as *guidelines* não podem, nem devem, conferir uma previsibilidade total<sup>16</sup>, mas os critérios gerais e muito vagos previstos no artigo 44.º da LdC não se coadunam, de todo, com o quadro mínimo de segurança jurídica indispensável à aplicação de coimas que podem atingir muitos milhões de euros. Note-se que até em países como a Espanha, sem uma grande tradição de concorrência, este aspecto já se encontra cabalmente resolvido<sup>17</sup>. É, claramente, um ponto crítico para a maturidade, credibilidade e imagem externa do sistema.

3. Previsão legal da *disponibilização no site da AdC de todas as suas decisões* (versões não confidenciais), na linha do praticado pela Comissão europeia<sup>18</sup> e pelo nosso antigo Conselho da Concorrência<sup>19</sup>, bem como inclusão de um resumo das mesmas no Relatório Anual da AdC (a publicar no prazo aplicável a uma empresa cotada), informação relativa à sua actividade processual

14 No mesmo sentido, a *supra* citada intervenção do Presidente da AdC, ponto II, 4.

15 Cfr. Orientações da Comissão para o Cálculo das Coimas, JO C 210 de 1 de Setembro de 2006.

16 Nesse sentido cfr. Ac. TGUE de 27.09.2006, Proc. T-43/02, Jungbunzlauer AG vs. Comissão, §84: “... para evitar uma rigidez normativa excessiva e permitir uma adaptação da norma jurídica às circunstâncias, deve ser permitido um certo grau de imprevisibilidade quanto à sanção que pode ser aplicada por uma dada infracção. Uma coima que compreende uma variação suficientemente circunscrita entre a coima mínima e a coima máxima que pode ser aplicada por uma dada infracção é assim susceptível de contribuir para a eficácia dessa sanção, tanto do ponto de vista da sua aplicação como da perspectiva do seu poder de dissuasão”.

17 Cfr. Comunicação de 6 de Fevereiro de 2009 – *Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julho de defensa de la competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*. Outro aspecto que a actual lei espanhola resolveu foi o do destino das coimas, que deixaram de ser parcialmente encaminhadas para a entidade que as aplica. Este elemento da nossa lei, previsto no artigo 31.º, al. b) dos Estatutos da AdC, anexos ao DL n.º 10/2003, que aloca a esta 40% do produto das coimas (após trânsito em julgado), embora siga uma tradição do direito administrativo nacional e seja ditado por razões orçamentais, pode fragilizar a decisão e prejudicar o grau de aceitação pela sociedade (incluindo as empresas e tribunais) de coimas de montante tão singularmente elevado como são, por natureza, as de Direito da Concorrência. Nenhuma das autoridades de concorrência de referência tem um sistema comparável e a sua eliminação resultaria no reforço da credibilidade do sistema.

18 Os vários elementos da política de transparência seguida pela Comissão/DG COMP têm constituído um catalizador decisivo do patamar de serviço público alcançado. Veja-se, também a este propósito, a alargada consulta pública que sempre precede novos textos normativos ou de orientação.

19 O facto de serem emitidos comunicados de imprensa após as decisões condenatórias leva a que não colha qualquer argumento de protecção da imagem das empresas arguidas.

(incluindo informação estatística desenvolvida) e cópia de todas as decisões judiciais em matéria de concorrência.

4. Clarificação e simplificação das *regras processuais* aplicáveis em matéria de Direito da Concorrência. A escassez de normas processuais na actual LdC e a remissão genérica para o Regime Geral das Contra-Ordenações (“RGCO”<sup>20</sup>) e para o Código de Procedimento Administrativo, “CPA”<sup>21</sup> tem evidenciado graves desajustamentos e uma intensidade de questões interpretativas que desvia com excessiva frequência a aplicação do Direito da Concorrência para questões processuais e de hermenêutica jurídica. Destaque, desde logo, para a necessidade de clarificação dos direitos e deveres processuais dos arguidos<sup>22</sup> e dos denunciantes de práticas restritivas da concorrência e previsão legal de mecanismos de separação e controlo da instrução e decisão.

5. *Eliminação do critério da quota de mercado para notificação de concentrações à AdC*<sup>23</sup>, atenta a insegurança jurídica que pode implicar e o consequente descrédito do sistema. Este critério, vigente entre nós (em paralelo com o critério de volume de negócios), foi sendo progressivamente abandonado pelos Estados, na medida em que, em bastos casos, não permite um nível razoável de certeza relativamente à obrigação de notificar, atenta a ausência de precedentes (ou conflito entre os mesmos) e as dúvidas possíveis face à definição do mercado relevante (seja na sua vertente do produto ou geográfica). Como opções intermédias, poderia ser considerada (i) a manutenção de um sistema de notificação com base em quota de mercado, mas meramente voluntária, à semelhança do existente no Reino Unido, (ii) a combinação do sistema de quota de mercado com um valor mínimo de facturação de duas das empresas em causa (conforme a actual regra *de minimis* prevista para o critério de notificação com base no volume de negócios<sup>24</sup>)<sup>25</sup>, ou ainda (iii) a possibilidade de

20 DL n.º 433/82, de 27 de Outubro, conforme alterado.

21 DL n.º 442/91, de 15 de Novembro, conforme alterado.

22 No mesmo sentido, Sebastião, 2010: ponto II, 2. 2) e 5), bem assim como Noronha, 2010: 57.

23 No mesmo sentido, Sebastião, 2010: ponto II. 3. 1).

24 Artigo 9.º, n.º 1, al. b) *in fine* da LdC.

25 À semelhança do efectuado muito recentemente em Espanha, com a Lei n.º 2/2010, de 4 de Março, que veio estabelecer que as empresas estão isentas de notificar operações de concentração quando, apesar de superarem uma quota de mercado individual ou conjunta de 30%, não ultrapassam uma quota de 50%

a AdC poder *ex officio* analisar a concentração *a posteriori* no caso de se exceder um determinado limiar de quota de mercado. De entre os 30 Estados do Espaço Económico Europeu, apenas três Estados mediterrânicos (Espanha<sup>26</sup>, a Grécia e a Eslovénia<sup>27</sup>) mantêm uma obrigação de notificação de concentrações com base na quota de mercado e a ICN<sup>28</sup> há muito que recomenda expressamente a eliminação deste tipo de normas<sup>29</sup>, habitualmente associadas a um atraso e défice de credibilidade significativos do sistema<sup>30</sup>.

6. Introdução de um *procedimento de notificação simplificada de concentrações*, incluindo formulário simplificado, decisão simplificada, eventual redução do prazo de decisão, entre outros aspectos. É inequívoco que a maior parte das concentrações não suscita problemas de concorrência, sendo tal, em muito casos, imediatamente perceptível sem necessidade de análise de um conjunto de informação tão detalhado como o que consta do formulário da AdC<sup>31</sup> ou do Form CO da Comissão<sup>32</sup>. A introdução da notificação simplificada, seguindo o exemplo europeu, levaria à supressão de custos significativos e desnecessários (tanto para as empresas como para a própria AdC), permitindo focar recursos nos casos que carecem de análise efectiva<sup>33</sup>.

7. Por outro lado, *as empresas deveriam poder notificar à AdC uma operação de concentração antes de se vincularem*, indo-se além do já existente mecanismo

---

e o volume de negócios global em Espanha da sociedade adquirida, ou dos activos adquiridos no último exercício, não supera os 10 milhões de euros.

26 Sendo esta uma das razões (a par com a óbvia proximidade geográfica e económica) que justifica que a Espanha seja o país em que são notificadas mais operações também notificadas em Portugal. Nesse sentido, cfr. slide 4 do power point apresentado pelo Director do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC, Gomes, 2010.

27 E, neste caso, somente a partir de 60% e, acrescidamente, apenas havendo lugar a uma verdadeira notificação no caso de a Autoridade o solicitar (na sequência de informação de concentração).

28 ICN Recommended Practices for Merger Analysis, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf>. Vide, em particular, a referência ao critério da quota de mercado – pp. 13 e ss.

29 A este propósito, cfr. Anastácio, 2005.

30 O sistema, tal como está, é mais próprio de Estados que convivem bem com a aprovação de leis que sabem *a priori* que não serão cumpridas.

31 Anexo ao Regulamento n.º 120/2009, D.R. 2.ª Série, de 17 de Março.

32 Anexo ao Regulamento 802/2004 da Comissão.

33 Nesse sentido, Anastácio & Duarte, 2008.



de avaliação prévia<sup>34</sup>. Esta possibilidade, vigente a nível europeu<sup>35</sup>, deveria estar claramente prevista na LdC<sup>36</sup>, permitindo-se a notificação com base em documentos preparatórios que caracterizem suficientemente a operação e que demonstrem uma intenção séria das partes de concluir o acordo. Aliás, o facto de, entre nós, o controlo de concentrações se encontrar sujeito ao pagamento de taxas com materialidade é suficiente para evitar um desrazoável aumento de trabalho na análise de potenciais concentrações que acabem por não se materializar. Seria uma medida que permitiria introduzir uma maior flexibilidade na análise do risco regulatório e, sobretudo, maior rapidez na execução das operações pelas empresas, evitando o arrastamento do *closing* por várias semanas, ou mesmo meses.

8. Em sede de controlo de concentrações, *supressão do prazo para notificar uma operação de concentração*, à semelhança do regime aplicável às transacções com dimensão europeia. Esta norma, meramente burocrática, prevista no artigo 9.º, n.º 2, da LdC, carece de sentido útil atendível<sup>37</sup> na medida em que a operação de concentração não pode ser implementada antes de decisão favorável da AdC<sup>38</sup>. Por outro lado, as empresas podem, nomeadamente, em casos mais complexos, legitimamente necessitar de mais tempo para dar resposta ao detalhado formulário de notificação, ponderar opções estratégicas, ou manter contactos prévios com a AdC<sup>39</sup>.

---

34 Previsto no Regulamento n.º 9/2005, DR II Série, de 3 de Fevereiro. Nesta sede seria particularmente importante conferir mais consequência e sentido útil ao instituto da avaliação prévia, aproveitando melhor as suas virtualidades.

35 Artigo 4.º, n.º 1 do Regulamento das Concentrações Europeias (ECMR), Regulamento 139/2004 do Conselho.

36 A AdC, embora tal não esteja claramente previsto na LdC, já tem admitido a notificação de operações de concentração quando se constata uma intenção séria, embora não exista vinculação, jogando com a diferença entre “poder” notificar e “dever” notificar.

37 Poder-se-á suscitar a dúvida de a concentração já ter, ou não, sido concretizada e levar a AdC a emitir pedidos de elementos para esclarecimento. É, porém, uma questão que a experiência da Comissão indica que não terá grande impacto, e deve ser resolvida em sede de sancionamento do chamado “gun jumping”.

38 Cfr. artigo 11.º da LdC.

39 Na mesma linha, cfr. Fonseca & Ferreira, 2009: 140.

9. Alterações ao regime da *clemência*<sup>40</sup>, reforçando o nível de garantias das empresas<sup>41</sup>, para um padrão que, à semelhança do Europeu, confira confiança e segurança jurídica. Sendo um instituto altamente controverso do ponto de vista dos princípios, é porém evidente que, sendo a sua *ratio* a eficácia, não faz sentido termos um instrumento discutível do ponto de vista da justiça (e equidade) e que não consegue apresentar ganhos de produtividade.

10. Clarificação e correcção da contagem dos vários *prazos* previstos na LdC, seja em sede de concentrações ou práticas restritivas, incluindo critérios aplicáveis em matéria de prescrição (e duração dos processos). Também ao nível de prazos, justifica-se menção específica à alteração do actual prazo de 20 dias<sup>42</sup> para apresentação de recurso de decisões da AdC, o qual é totalmente inaceitável e mesmo atentatório do direito de recurso, quando está em causa uma resposta a decisões preparadas ao longo de meses, tipicamente extensas e de grande complexidade técnica, e envolvendo sanções de milhões de euros. A este propósito, sugere-se o alargamento para os dois meses praticados a nível europeu.

11. Por último, repensar o actual paradigma em sede de *recursos*<sup>43</sup>.

### III. O TRIBUNAL DE CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

12. A criação de um *tribunal com competência especializada* em concorrência representa um progresso de grande relevo na aplicação do Direito da Concorrência em Portugal<sup>44</sup>, tratando-se de um muito importante e necessário passo em frente<sup>45</sup>. Não obstante o trabalho de enorme mérito levado a cabo, desde 2003, no Tribunal do Comércio de Lisboa, o défice de especializa-

40 Previsto na Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto e Regulamento 214/2006, de 2 de Novembro.

41 Para desenvolvimento deste tópico, cfr. intervenções no painel relativo a Clemência na 1.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, a 2 de Julho de 2010 (em curso de publicação pelo *Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência*).

42 Artigo 59.º, n.º 3 do RGCO, *ex vi* artigo 19.º e 22.º, n.º 1 da LdC.

43 Matéria que, pela sua autonomia e necessidade de maior desenvolvimento, não será analisada nesta sede.

44 Em sentido contrário, veja-se posição pública tomada pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses ("ASJP"), em parecer de 4 de Junho de 2010 (parecer disponível no site [www.asjp.pt](http://www.asjp.pt)).

45 Nesse sentido, cfr. posição pública do *Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência*, veiculada na edição de 28 de Abril de 2010 do *Jornal de Negócios*.

ção de base deste Tribunal e o excesso de processos (de áreas sem qualquer contacto com o Direito da Concorrência) impõem uma nova etapa<sup>46</sup>, que se espera possa ser efectivada em breve, na sequência da recente aprovação da respectiva proposta de lei no passado dia 6 de Abril de 2011 (Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho).

(i) Sendo certo que ainda está longe de haver em Portugal uma massa crítica de processos que justifique, por si só, o cenário ideal de um tribunal especializado em Direito da Concorrência, coloca-se a questão de quais *as matérias que faria mais sentido agregar*. É nosso entendimento que as escolhas são adequadas e, em qualquer caso, inquestionavelmente mais ajustadas do que a actual agregação com as matérias de que tratam os tribunais do comércio<sup>47</sup>. “Concorrência, Regulação e Supervisão” são matérias obviamente distintas, mas constata-se um número crescente de questões jurídicas comuns aos vários reguladores<sup>48</sup> (incluindo o transversal interface que os reguladores sectoriais têm que manter com a AdC<sup>49</sup> e um número de elementos comuns significativo ao ponto de justificar um projecto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes<sup>50</sup>). Partilham, ainda, de uma extraordinária influência do Direito da UE (seja na vertente normativa ou jurisprudencial) e do quadro geral do Direito da Economia<sup>51</sup>, áreas cujo domínio é essencial a cada uma delas. Note-se, também, que a agregação doutrinal das matérias de regulação, ao nível de teoria geral, a que assistimos crescentemente no Direito Comparado, ou entre nós<sup>52</sup>, recomenda este caminho, sendo que a comunhão substantiva entre as áreas em causa tem-se reflectido na sua junção ao nível das licenciaturas e, sobretudo, no quadro das pós-graduações disponíveis no

---

46 Note-se que a ainda recente Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que aprovou a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, escolheu, de forma provavelmente não devidamente reflectida (e profundamente errada), um caminho inverso de alocação dos processos ao juízo de comércio da respectiva comarca. Teria sido um enorme retrocesso, pelo que se saúda a importantíssima manutenção dos recursos de todas as decisões da AdC num único Tribunal.

47 Por exemplo, falências, dissoluções de sociedades, validade de deliberações sociais, ou impugnações dos despachos dos conservadores do registo comercial.

48 Em sentido contrário, vide pág. 6 do supra citado parecer da ASJP.

49 Cfr. Marques, Almeida & Forte, 2005.

50 Cfr. Moreira & Maças, 2003.

51 *Vide*, a este propósito, Marques, 2002: 89 ss.

52 *Vide*, por todos, Ferreira, Morais & Anastácio, 2009.

país<sup>53</sup>. Acresce um importante tronco comum de aplicação subsidiária do RGCO e uma lógica e sensibilidade subjacente à generalidade das questões, que recomenda vivamente aproveitar a mais-valia de magistrados que tenham um nível mais aprofundado de formação jurídico-económica e de domínio do inglês (sendo este outro aspecto importante na união dos temas em causa).

(ii) Para o sucesso deste tribunal seria importante acautelar o apoio aos magistrados por parte de *técnicos especialistas das áreas em causa*, em particular por economistas, atenta a natureza de fronteira entre o Direito e a Economia da maior parte das questões colocadas. A este propósito, pode servir de farol o sistema vigente no Tribunal de Justiça da União Europeia, em que cada magistrado tem ao seu dispor uma equipa que apoia a análise dos casos e preparação das decisões. Claro que os actuais constrangimentos orçamentais não permitem uma solução óptima, mas é preciso não perder de vista que a aplicação da justiça em matérias tecnicamente tão específicas e complexas, tão vincadamente económicas e tão estrategicamente relevantes para o desígnio da competitividade da economia nacional, exige mais do que um excelente corpo de juízes.

(iii) No entanto, quanto à localização, nada tendo contra a descentralização judicial e muito menos contra o meu Ribatejo, cumpre analisar a ideia, que foi avançada na imprensa, da instalação do Tribunal em Santarém. Há, sem dúvida, muitos *tribunais que não precisam de estar nos grandes centros*, desde logo os tribunais onde o processo é essencialmente escrito, com poucas audiências, e com muito trabalho feito pelos magistrados fora do tribunal, sendo que o próprio princípio da separação de poderes poderia concorrer para a legitimação da deslocalização para fora da sede do poder político nacional de alguns tribunais superiores<sup>54/55</sup>.

---

53 O que resulta em que centenas de pós-graduados o sejam simultaneamente em Concorrência e Regulação. Veja-se os já muitos anos de existência das pós-graduações de Regulação e Concorrência do Cedipre (FDUC) e de Concorrência e Regulação do IDEFF (FDL).

54 Por exemplo, não parece haver necessidade, ou grande sentido útil, em que o Tribunal Constitucional esteja sediado em Lisboa, e o mesmo se poderá dizer de tribunais especializados de primeira instância cujos interessados se encontrem dispersos um pouco por todo o país.

55 A saída de alguns tribunais da capital poderia inclusive constituir uma medida positiva de descentralização e de bom ordenamento do território, em particular se as autarquias locais proporcionassem condições bem mais dignas e eficientes do que as anteriormente existentes. E tal é particularmente viável neste tempo de auto-estradas e da sociedade da informação, com as comunicações electrónicas generalizadas também na justiça, e em locais com bons acessos e centralidade geográfica.

(iv) Não obstante, de todos os tribunais especializados<sup>56</sup> existentes, ou que possa fazer sentido criar, *este tribunal seria aquele que menos sentido faria colocar fora da capital*, e ignorar este facto conduziria à eliminação de boa parte da vantagem daquilo que teria sido, *a priori*, uma excelente iniciativa legislativa. Efectivamente, a esmagadora maioria dos cidadãos que terão que se deslocar a tal tribunal estão baseados em Lisboa, numa proporção que não tem proximidade com a de qualquer outra área especializada da justiça. Com excepção da Entidade Reguladora da Saúde<sup>57</sup>, todas as restantes entidades reguladoras do país se encontram sedeadas em Lisboa. O mesmo se aplica aos advogados e consultores especializados nas matérias em causa, com muito honrosas excepções, e mesmo às empresas (tendencialmente as de maior dimensão).

(v) Assim, imagine-se a *ineficiência* económica acrescida gerada por uma peregrinação constante, de Lisboa para Santarém, de funcionários do Estado, advogados, estagiários, assessores económicos ou outros peritos, representantes das empresas, ou testemunhas, para efeito de audiências de julgamentos (quantas vezes adiadas e que, atenta a complexidade deste tipo de processos, podem decorrer durante semanas), ou meras consultas de processos. E mesmo para aqueles que viessem de outros destinos que não Lisboa, a opção Santarém seria provavelmente pior do que a localização na capital<sup>58</sup>. Enfim, não faz sentido, conforme já têm apreciado vários agentes do sistema<sup>59</sup>, e muito menos na conjuntura económica em que nos encontramos, devendo ser melhor ponderado, até por ser contrário a muito boas medidas que têm sido adoptadas pelo Estado para simplificar a vida às empresas e proporcionar serviços públicos de melhor qualidade. Ironicamente, tal localização seria a própria negação da eficiência que o Direito da Concorrência procura alcançar.

---

56 O artigo 74.º da citada Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais refere que podem ser criados os seguintes juízos de competência especializada: (i) Instrução criminal; (ii) Família e menores; (iii) Trabalho; (iv) Comércio; (v) Propriedade intelectual; (vi) Marítimos; (vii) Execução de penas; (viii) Execução; (ix) Instância cível; (x) Instância criminal.

57 Que se encontra sedeadada no Porto.

58 Por exemplo, quem venha do Porto chegará mais facilmente a Lisboa (por avião, ou comboio directo) do que a Santarém.

59 Nesse sentido o referido parecer da ASJP e a posição tornada pública pelo *Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência* no Jornal de Negócios de 28 de Abril de 2010. Desconhece-se qualquer posição de terceiros favorável a esta localização.

#### IV. NOTA CONCLUSIVA

Como nota final, não pode deixar de se sublinhar que este conjunto de propostas não pretende ser exaustivo. Há, naturalmente, muitos outros acertos (e inúmeros ao nível do detalhe) que merecem análise por necessários, úteis, ou incontornáveis<sup>60</sup>. O propósito desta selecção é apenas o de, num momento em que se discute com profundidade, e com propostas detalhadas, o essencial e também o acessório, contribuir para que não se perca de vista quais as medidas que, salvo melhor entendimento, fariam por si só a diferença e que, adoptadas em conjunto, permitiriam ao nosso normativo jusconcorrencial aceder a um patamar superior e servir melhor a economia nacional.

#### BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, Gonçalo

2005 *O Regime Português de Controlo de Concentrações*, palestra na AdC, a 4 de Julho de 2005, ppt disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

ANASTÁCIO, Gonçalo & DUARTE, Leonardo Maniglia

2008 “Os Benefícios de um Sistema de Controlo de Concentrações Flexível e o Projecto de Formulário de Concentrações da AdC”, in *Temas de Integração*, n.º 26, 2.º Semestre de 2008, pp. 229-238.

CUNHA, Carolina

2005 *Controlo de Operações de Concentração*, Coimbra: Almedina.

FERREIRA, Eduardo Paz, MORAIS, Luís Silva & ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.)

2009 *Regulação em Portugal – Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina.

FONSECA, Margarida Rosado da & FERREIRA, Luís do Nascimento

2009 *O Procedimento de Controlo das Operações de Concentração de Empresas em Portugal*, Coimbra: Almedina.

GOMES, ANTÓNIO FERREIRA

2010 “Mercado Geográfico Relevante, A Experiência Portuguesa”, apresentado na 1.ª Conferência Luso-espanhola de Direito da Concorrência, a 1 de Julho de 2010 (em curso de publicação).

MARQUES, Maria Manuel Leitão

2002 *Um Curso de Direito da Concorrência*, Coimbra: Coimbra Editora.

---

<sup>60</sup> Um dos temas polémicos é o chamado recurso extraordinário para o Ministro da Economia relativamente a decisões da AdC de oposição a uma concentração. Sendo este mecanismo inspirado no modelo alemão, será publicada muito em breve (na revista *Temas de Integração*, 1.º e 2.º Semestre de 2010, n.ºs 29 e 30) uma tradução para português de uma anotação desenvolvida ao artigo relevante (§42) da lei germânica.

MARQUES, Maria Manuel Leitão, ALMEIDA, João Paulo Simões de & FORTE, André Matos

2005 *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, Luís Silva

2008 *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra: Almedina.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

NORONHA, João Espírito Santo

2010 “Reflexões sobre a Reforma da Lei da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 1, Janeiro – Março 2010, pp. 55-62.

SEBASTIÃO, Manuel

2010 “Linhas Gerais para um Novo Regime Jurídico – Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência na 1.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência - 2 de Julho de 2010”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, n.º 3, Julho-Setembro 2010, pp. 17-26, também disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).





# SHOULD THE DOMINANCE TEST HAVE BEEN CHANGED?

*Ioannis Kokkoris\**

*ABSTRACT: Even though the legal substantive test has been changed from the “dominance test” to the SIEC in the Recast ECMR, and thus would appear to rectify the “gap” in the European Community merger regime, the occurrences of such “gap” cases may not cease under national laws that still adhere to the traditional dominance test. This paper will address initially through caselaw analysis the issue of mergers leading to non-coordinated effects in oligopolistic markets (“non-collusive oligopolies” or “gap” cases); examine how the legal substantive test deals with non-collusive oligopolies; and identify such cases in the current case law.*

SUMMARY: I. Introduction. II. Reform in the Legal Standard. III. Johnson and Johnson/ Guidant. IV. T-Mobile/Tele.ring. V. Conclusion.

## I. INTRODUCTION

The purpose of the ECMR lies in sustaining an effective and well-functioning internal market by effectively ensuring that reorganisations in the market will not induce an adverse impact on competition. Mergers may eliminate any competition that exists between the merging parties and may lead to a reduction in the number of firms competing in the market. Where this reduction has a substantial adverse effect on overall market competition, the market will be less oriented to consumer and efficiency goals, even in the

---

\* Reader (Associate Professor), Reading University, Executive Director (Centre for Commercial Law and Financial Regulation, [www.cclfr.com](http://www.cclfr.com)), International Consultant on Competition Policy (Organisation for Security and Cooperation in Europe). The views expressed herein are not representative of the views of any of the affiliated institutions. The author has published an article: *Was There a Gap in ECMR?* In *Concurrences* where he addresses whether cases such as *Oracle/Peoplesoft*, *Sony/BMG* are gap cases. This paper draws from this article.

absence of breaches of competition legislation. This paper aims to address the change in the legal standard of merger assessment due to the reform in the ECMR that occurred in 2004.<sup>1</sup>

As regards the substantive reforms, the substantive test was changed from the dominance test to the significant impediment to effective competition test. This paper will address initially through caselaw analysis the issue of mergers leading to non-coordinated effects in oligopolistic markets (“non-collusive oligopolies” or “gap” cases); examine how the legal substantive test deals with non-collusive oligopolies; and identify such cases in the current case law.

Thus, this paper will first briefly present the substantive reforms in the legal standard and then adopt a caselaw approach in identifying gap cases. The proof of the existence of such cases signifies the need of the reforms to the legal test of the original ECMR.

## II. REFORM IN THE LEGAL STANDARD

In order to accomplish the target of sustaining the competitive structure of the post-merger market, the competition authority must apply a legal substantive test in order to determine the likelihood of an adverse impact of the merger on competition; it must also know what level and quality of evidence it needs in its assessment of whether the merger should be prohibited. The Recast ECMR applies the Substantial Impediment to Effective Competition (“SIEC”) test<sup>2</sup> as the legal substantive test for the assessment of concentrations. The issue of evidence is a matter that has been determined by the CFI and the ECJ.

The legal substantive test in the Recast ECMR, the SIEC test, is intended to fill the perceived gap in the application of the dominance test which was illustrated by cases such as *Airtours/First Choice*<sup>3</sup> and *Heinz*.<sup>4</sup> The term “non-coordinated effects in oligopolistic markets” was introduced in Recital 25 of the EC Merger Regulation.<sup>5</sup> The Recast ECMR explicitly recognised the

---

1 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), (“Recast ECMR”), OJ L24, 29.01.2004, pp. 1-22.

2 Article 2(3), see note 1.

3 Case M1524 *Airtours/First Choice* [2000] OJ L93/1 (“*Airtours/First Choice*”).

4 US District Court, Columbia, *FTC v HF Heinz Company et al.*, 00-5362a, 2000.

5 See note 1.

concept of non-collusive oligopolies as a result of the prevailing perception that some mergers could lead to a harmful effect on competition that could not be addressed using the existing concepts of single firm and/or collective dominance.

The “gap” corresponds to the situation where the post-merger entity’s market share falls below the level required for dominance and where the merger may nonetheless still lead to unilateral effects. The two terms “mergers leading to non-coordinated effects in oligopolistic markets” and “non-collusive oligopolies” refer to situations where the remaining firms in the post-merger market have the incentive and ability to adopt conduct inducing an adverse impact on competition, and thus profit from exerting their market power in the post-merger market, without being dependent upon a coordinated response on the part of the other members of the oligopolistic market structure.<sup>6</sup> This adverse impact on competition is induced by the merger.

The most direct impact on competition will be the elimination of the competitive constraints that the merging firms exerted on each other prior to the merger. In addition, non-merging firms can also benefit from the reduction of competitive pressure that results from the merger since the merging firms’ price increase or output reduction may induce the switching of some demand to the rival firms, which, in turn, may find it optimal to increase prices. This might happen in particular in differentiated product markets<sup>7</sup> where a merger can lead to incentives for conduct having an adverse impact on competition, without creating a single leading player, and without significantly increasing the feasibility of tacit collusion. The latter situation, which cannot be dealt either as single-firm dominance or as collective dominance, is known as the “gap” in the application of the dominance test.<sup>8</sup>

Until the adoption of the recast ECMR in May 2004, there was no published decision under the original ECMR alleging the creation of non-

---

6 See further: paragraph 25, *Commission Notice on the appraisal of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings*, COM/2002, 11/12/2002.

7 The significance of product differentiation may be diminished if it is possible for competitors to reposition their products to compete directly with the merging parties’ products, (e.g. by engaging in brand repositioning or introducing new brands).

8 The term “multilateral effects” has also been used to describe these effects. Mergers inducing multilateral effects are equivalent to non-collusive oligopolies. Fingleton J. (2002), “Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for All Anti-competitive Oligopolistic Mergers”, in Hawk B. (2003), “*Antitrust Law and Policy*”, Fordham University Law School, Corporate Law Institute. At page 190.

coordinated effects in oligopolistic markets.<sup>9</sup> In order to address the problem that there are few, if any decisions, adopted explicitly on the basis of non-collusive oligopoly theory, this paper will include a comparative approach of examining two mergers assessed under the ECMR. These mergers were assumed to lead to collective dominance rather than non-coordinated effects in oligopolistic markets. When the decisions in these merger cases were taken, the concept of non-collusive oligopolies was not recognised in the original ECMR.<sup>10</sup> However, the market features that contribute to non-collusive oligopolies might have been in existence and prevalent in these market structures. Hence, this paper will provide evidence of non-collusive oligopolies and thus confirm the need to reform the substantive test of ECMR.<sup>11</sup> This paper will attempt to assess the impact of the mergers on competition.<sup>12</sup>

### III. JOHNSON AND JOHNSON/GUIDANT<sup>13</sup>

#### *Analysis of the case*

The Commission received a notification of a proposed concentration by which the undertaking Johnson&Johnson (“J&J”) would acquire control of the whole of the undertaking Guidant Corporation (“Guidant”) by way of a purchase of shares.

The transaction involved four main areas within the cardiovascular medical products business: i) interventional cardiology devices; ii) endovascular devices; iii) cardiac surgery devices; and iv) cardiac rhythm management devices. All markets were deemed to be national in scope.

---

9 Assonime, “Comments on the Draft EC Commission Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers”, available from <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/contributions.html>. Although there are cases that were arguably decided based on a rationale that resembles the one under the SIEC test. Such cases include Case M1672 *Volvo/Scania* [2001] OJ L143/74, Case M2817 *Barilla/BPL/Kamps* [2002] OJ C198/4, as well as Case M2861 *Siemens/Drägerwerk/JV* [2003] OJ L291/1 and Case M3083 *GE/Instrumentarium* [2004] OJ L109/1.

10 As the Financial Times mentioned in an article, the Commission may be constrained by current rules, which do not explicitly permit it to ban mergers that could give rise to “non-collusive oligopolies”, such as the one Brussels suspects may arise between Oracle and SAP. See [www.ft.com](http://www.ft.com), article of 28/03/2004.

11 Such cases include: *Airtours/First Choice*, *Oracle/PeopleSoft*, Case M3333 *Sony/BMG* [2005] OJ L62/30.

12 The evidence for this analysis is taken from the published decisions.

13 *Supra* note 405.

Interventional cardiology is a field of heart medicine dedicated to research and technology for minimally invasive procedures to treat Coronary Artery Diseases. These procedures include the dilatation of narrowed or blocked coronary blood vessels using a balloon catheter and often a stent,<sup>14</sup> which is inserted into the cardiovascular system via an artery most often using the groin as an entry point.<sup>15</sup>

As regards interventional cardiology devices, the Commission found that Coronary Bare Metal Stents (“BMS”) and Drug Eluting Stents (“DES”) constituted separate markets. In addition, the Commission concluded that coronary guiding catheters, coronary steerable guidewires and coronary Percutaneous Transluminal Coronary Angioplasty (“PTCA”) Balloon catheters formed relevant product markets. A guiding catheter is a long, hollow tube manufactured from a polymer blend that is inserted into the radial or femoral artery and is advanced to the origin of the coronary arteries. A steerable guidewire (“SGW”) is a very thin and flexible wire which is advanced through the guiding catheter beyond the narrowed area of the artery which requires dilatation. A PTCA balloon catheter is a long, flexible, hollow tube with a balloon at the end.

Endovascular devices are used for the minimally invasive treatment of peripheral vascular (or endovascular) diseases. The Commission identified markets for endovascular stents, which are small expandable tubes designed to treat a narrowing or blockage in a peripheral artery. The market inquiry confirmed separate markets for Balloon Expandable Stents (“BX”) and Self Expandable Stents (“SX”) due to the different applications, price (SX stents are more expensive than BX) and limited supply side substitutability between SX and BX stents (due to different design, material, deployment techniques, and manufacturing processes). Furthermore, within the SX stents, a separate market for carotid stents was defined.<sup>16</sup> The Commission concluded that there were separate product markets for carotid stents, for non-carotid SX

---

<sup>14</sup> A stent is a small expandable wire tube that is used to support the walls of the coronary artery.

<sup>15</sup> See paragraph 9 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>16</sup> As the Commission noted, no other stent can be marketed as a carotid stent, and stents designed for carotid applications are usually not used for any other procedure. Thus, there was neither demand-side nor supply-side substitutability between carotid and other endovascular stents.

stents and for BX stents. The latter market in particular included highly differentiated products, such as renal stents and iliac–femoral stents.<sup>17</sup>

Moreover, the Commission identified separate product markets for the endovascular products: (i) guiding catheters, (ii) SGWs, (iii) Percutaneous Transluminal Angioplasty (“PTA”) balloon catheters.<sup>18</sup> The Commission further concluded that Embolic Protection Devices (“EPDs”) formed a relevant product market. EPDs are small umbrella-type devices that are mounted on a catheter and placed beyond the lesion with the aim of trapping any material or debris dislodged during the angioplasty procedure.<sup>19</sup>

As far as cardiac surgery devices are concerned, the Commission defined a market for Beating-Heart Stabilisation Systems.<sup>20</sup> It also defined a market for Blowers/Misters and Endoscopic Vessel Harvesting Systems. Blowers/misters are ancillary products that are used in conjunction with the stabilisation systems. Endoscopic Vessel Harvesting (“EVH”) systems enable the surgeon to harvest the vein necessary for Coronary Artery Bypass Graft surgery (“CABG”) procedure via a keyhole-sized incision in the leg or in the arm.

Finally, the Commission left open the market for Cardiac Rhythm Management devices due to the inexistence of a horizontal overlap. Cardiac Rhythm Management devices are used for the treatment of severe heart rhythm disorders as arrhythmia (irregular heart beat), bradycardia (abnormally slow heartbeat) and tachycardia (abnormally fast heartbeat).<sup>21</sup>

As far as steerable guidewires are concerned, the merger would result in a quasi-monopoly situation in some Member States. Guidewires in general are only moderately differentiated products.

---

<sup>17</sup> See paragraph 47 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>18</sup> Endovascular guiding catheters, SGWs, and PTA balloon catheters performed a similar function to the corresponding products in interventional cardiology. Each of these endovascular accessories was sold in different sizes and dimensions, there was no supply side substitutability across accessories, and they were in distinct markets from the coronary corresponding products (guiding catheters, SGWs, and PTCA balloon catheters). In addition, prices between the two lines of products tended to differ significantly and, from the supply side point of view, there was not a high degree of substitution between endovascular and cardiology devices.

<sup>19</sup> Paragraph 53 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>20</sup> Beating-heart CABG stabilisation systems enable the surgeon to perform Coronary Artery Bypass Graft (“CABG”) surgery on the heart while beating.

<sup>21</sup> The Commission did not analyse the competitive effects in this market since there were no horizontal overlaps.

The merger was likely to result in a significant impediment to effective competition in the common market and the EEA for steerable guidewires as a result of the strengthening of Guidant's dominant position.<sup>22</sup>

As far as the market for endovascular devices is concerned, J&J supplied the following endovascular devices in Europe: (i) stents, (ii) PTA balloon catheters, (iii) guiding catheters, (iv) diagnostic catheters, (v) catheter sheath introducers, (vi) steerable guidewires, (vii) diagnostic guidewires, (viii) embolic protection devices, (ix) venous products, (x) thrombectomy systems, (xi) AAA stent graft systems, and (xii) accessories.<sup>23</sup> Guidant produced and sold a more limited line of endovascular products including: (i) stents, (ii) PTA balloon catheters, (iii) guiding catheters, (iv) steerable guidewires, and (v) embolic protection devices.<sup>24</sup>

As far as the balloon expandable stents of the endovascular stents were concerned, J&J and Guidant were two of the strongest players, and there were high barriers to entry and insufficient countervailing buyer power. The merger would combine the leader and the number two in the BX stent markets. The Commission concluded that in the markets for BX stents in Austria, Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands, Portugal and Spain, the concentration would result in the removal of the closest and strongest competitor to the market leader J&J. The merger would therefore significantly impede effective competition in the markets for BX stents in the above mentioned countries, in particular as a result of the creation of a dominant position.<sup>25</sup>

As far as the carotid stents of the endovascular stents were concerned, the three main players were J&J, Guidant and Boston Scientific, together accounting for between 83 and 96 per cent of the market. The concentration would either reinforce the leadership of J&J or Guidant (in Austria, Finland, Netherlands, Portugal and Spain), or combine the second and third player to create a new market leader (in Belgium, Germany and Italy).

The Commission concluded that given the characteristics of the markets of carotid SX stents in Austria, Belgium, France, Finland, Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands, Portugal and Spain in terms of concentration,

---

<sup>22</sup> Paragraph 198 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>23</sup> Paragraph 197 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>24</sup> Paragraph 199 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>25</sup> Paragraph 287 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

barriers to entry, customer loyalty, closeness of substitution, and as a result of the elimination of a major competitive constraint, the concentration would give rise to non-coordinated adverse effects in those national markets and would therefore impede effective competition in the common market and the EEA as a result of the creation or strengthening of a dominant position.<sup>26</sup>

As far as the non-carotid stents of the endovascular stents were concerned, both J&J and Guidant market non-carotid SX stents in the EEA. The Commission's market investigation indicated that J&J and Guidant products were considered to be the closest substitutes by the majority of respondents who procured non-carotid SX products. J&J and Guidant non-carotid SX stents were high quality products, and close substitutes due to their superior performance compared to competing stents. The Commission concluded that given the characteristics of the markets of non-carotid SX stents in Austria, Belgium, Germany and Netherlands in terms of concentration, barriers to entry, customer loyalty, closeness of substitution, and as a result of the elimination of a major competitive constraint, the concentration would give rise to non-coordinated adverse effects in those national markets and therefore impede effective competition in the common market and the EEA as a result of the creation or strengthening of a dominant position.

In conclusion, in the market for endovascular stents the concentration would either consolidate an existing leadership position of one of the merging parties or create a new market leader. The relevant product markets were characterised by differentiated products with J&J's products being closer substitutes to Guidant's products. The Commission further stated that there were considerable barriers to entry in the form of IP rights, know how, access to customers and reputation of the firms, as well as large sunk costs.

As far as the market for cardiac surgery devices was concerned, J&J was active through products such as: (i) minimally invasive access devices for valve surgery, (ii) stabilization systems for beating-heart surgery, (iii) stabilisation system accessories, (iv) endoscopic vessel harvesting devices, and (v) devices for non-surgical ablation. Guidant was active through (i) stabilisation systems for beating-heart surgery, (ii) stabilisation system accessories, (iii) anastomosis assistance devices, and (iv) devices for surgical ablation.

---

<sup>26</sup> Paragraph 301 of *Johnson and Johnson/Guidant*.



The parties offered commitments to alleviate the Commission's concerns.<sup>27</sup> The Commission considered that the commitments were suitable for remedying the significant impediment to effective competition caused by the merger in the markets mentioned above.

The Commission concluded, on the basis of these remedies, that the notified operation whereby Johnson&Johnson would have acquired sole control of Guidant should be declared compatible with the common market and with the functioning of the EEA Agreement.<sup>28</sup>

#### *A Gap case?*

In some of the markets analysed above, the Commission argued that the merger would significantly impede effective competition, however, it might not have concluded that the merger would lead to a creation or strengthening of dominant position if the merger had been assessed under the dominance test.

#### *Steerable Guidewires*

In the market for steerable guidewires used in interventional cardiology, the Commission stated in paragraph 196 that<sup>29</sup>

*The concentration enables the merging parties to strengthen Guidant's uncontested leadership, by removing one of the only two main competitors in this market. On the basis of the information at the Commission's disposal, it seems unlikely that remaining competitors and potential entrants can constitute a sufficient and timely competitive constraint such as to prevent a unilateral increase in prices by the merged entity. Further, it cannot be excluded that the remaining firms in the market may even be expected to benefit from the reduction in competition which will result from the merger; the increase*

---

27 The parties' commitments in the Steerable Guidewires business consisted of the parties' proposal to divest the assets associated predominantly with the supply, marketing and sale of J&J's Steerable Guidewires business in the EEA. In the Endovascular area, the parties proposed to divest the entire operations (products, logistics, inventory, customer list, sales force, brand names, and intellectual property) of Guidant in the EEA. For the Cardiac Surgery area, the parties proposed to divest any of the following: (i) J&J's Endoscopic Vessel Harvesting products and endoscopic radial artery harvesting; (ii) Guidant worldwide assets and personnel of Cardiac Surgery business division; or (iii) Guidant's endoscopic vessel harvesting products, namely procedural kits for EVH.

28 On 5 December 2005, Boston Scientific preliminary offered \$25 billion to buy Guidant. J&J raised its offer to \$24.2 billion. Subsequently, Boston Scientific raised its offer to \$27 billion, which was accepted by Guidant. Thus, Guidant paid J&J a termination fee of \$705 million to withdraw from that deal.

29 Paragraph 196 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

*in concentration may provide them the opportunity to attain higher prices than would otherwise have been the case. The merger is therefore likely to result in a significant impediment to effective competition in the common market and the EEA for steerable guidewires as a result of the strengthening of Guidant's dominant position.*

The Commission reached this conclusion by analysing the competitive landscape of the post-merger market. It reviewed the market shares of the merging parties and concluded that the significant market shares reinforced Guidant's uncontested leadership in the steerable guidewire markets. It added that Guidant's steerable guidewire was perceived by customers as being of superior quality to other guidewires and was their guidewire of choice. Customers valued the Guidant steerable guidewire product because of its superior nature but were also loyal to the Guidant brand because of its perception as a mark of quality and reliability.

The Commission concluded that post merger there would clearly be a reduction in customers' competitive alternatives. If the merged entity raised prices post merger although Boston Scientific would be the only credible competitor it would not be able to provide sufficient competitive constraint such as to mitigate the significant impediment to effective competition induced as a result of the merger.

As paragraph 196 of the Commission's decision indicates, the Commission did not clearly articulate within which specific Member States it considered that the merger would lead to a significant impediment to effective competition. As this paragraph further indicates, the Commission expected the competitors of the merged entity to be able to raise prices induced by the reduction of competition resulting from the merger. Thus, it expected the merger to have non-coordinated effects in oligopolistic markets.

In most Member States the merger represented the addition of the number one player, Guidant, with the number three player, J&J, and would lead to the post-merger entity having a market share between 55 and 100 per cent in certain Member States. However, in Hungary the merged entity would have 35 - 45 per cent combined share, with number two player Boston Scientific having 15 - 25 per cent. In Sweden, the merged entity would have a combined market share of 35 - 45 per cent. The HHI in the post-merger market in these two countries would be 3,558 with a dHHI equal to 576 in Hungary and 4,696 with a dHHI of 490 in Sweden.

Using the assumption that paragraph 196 indicates that the Commission considered that the merger would lead to a significant impediment to effective competition, *inter alia*, in Hungary and Sweden, it is arguable whether the Commission would be able to show that the merger would lead to a strengthening or creation of a dominant position had the merger been assessed under the dominance test of the original ECMR.

The product was moderately differentiated, broadly interchangeable, with no significant technical differences. The Commission mentioned that in the post-merger market there was a reduction in the customers' competitive alternatives and in response to a price increase customers would switch to other competitors (Boston Scientific) in proportion to their market shares. As the Commission further stated, the closeness of substitution did not play a significant role and the market shares remained a good indicator of market power. These factors would be conducive to an argument that the merger would lead to a strengthening or creation of a dominant position.

However, the low market shares in Hungary and Sweden paint a different picture. The absolute level of the HHI can give an initial indication of the competitive pressure in the market post-merger. As the Commission noted, for moderately differentiated products, market shares remain a good indicator of market power.<sup>30</sup> Notwithstanding the HHI ratios and the increments, the low market shares might have prevented the Commission from concluding that the merger would have led to a creation or strengthening of dominance.

In the context of Article 82, the threshold of market share for an allegation of single dominance to be upheld can be at 50 per cent, as has been identified in case law: *AKZO*.<sup>31</sup> In Recital 32 of the preamble of the ECMR a reverse indication or presumption can be made that dominance exists where the market share of the undertakings exceeds 25 per cent. In the *Carrefour/Promodés*<sup>32</sup> case, most of the Commission's concerns essentially related to the absolute size of the merged entity. Buyer power arguments were used to suggest that a post-merger market share of 30 per cent could still raise serious dominance concerns.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Paragraph 192 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>31</sup> Case 62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359.

<sup>32</sup> Case M1684 *Carrefour/Promodés* [2000] OJ C164/5.

<sup>33</sup> Although the merger did not raise issues of single firm dominance. Collective dominance was also ruled out. Lexecon, (2001), "Buyer Power", [http://www.lexecon.co.uk/assets/buyer\\_power.pdf](http://www.lexecon.co.uk/assets/buyer_power.pdf), p. 2.

In *Johnson & Johnson/Guidant*, market shares of 35 - 45 per cent in Hungary, with number two player Boston Scientific having 15 - 25 per cent and market share of 35 - 45 per cent in Sweden,<sup>34</sup> in combination with the remaining features of the post-merger market mentioned above (e.g. countervailing buyer power, innovative market<sup>35</sup>), do not give in my opinion much credibility to an argument of single firm dominance.

As regards collective dominance, an argument can be made that the incumbents in the post-merger market would engage in tacit coordination of their conduct and thus enjoy a position of collective dominance. The Commission did not allege that the merger would lead to coordinated effects but rather to non-coordinated effects. This in itself provides support to the argument that the post-merger market would not exhibit the features of collective dominance.<sup>36</sup> The degree of differentiation of the products and the variation in the post-merger incumbents' market shares, as well as the existence of IP rights,<sup>37</sup> would not lend credibility to the argument that the merger might have led to a creation or strengthening of a collective dominant position.

The Commission stated that, in general, interventional cardiology accessories tended to be more and more "commodity" like items, to the extent they were relatively simple and homogeneous products. As a consequence, compared to the market for stents, there was less differentiation and stronger price competition between a large number of suppliers, including some local players.<sup>38</sup> However, the trend towards commoditisation was perhaps less accentuated for some of these items, such as, in particular, guidewires, where quality remained one of the key criteria driving customers' choice and constituted a differentiation factor of these products. Thus, arguably, the steerable guidewires were moderately differentiated products.

---

34 There is no evidence available of the second largest firm in the post-merger market in Sweden.

35 Albeit a low degree of innovation.

36 The Commission might have evidence of transparency, monitoring possibilities as well as of the countervailing impact of buyers and competitors and based on this evidence it decided not to pursue a possible allegation of collective dominance.

37 IP rights can provide asymmetric market power to the firms engaging in collective dominance and thus, undermine the sustainability of the collective dominant equilibrium.

38 Paragraph 171 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

In addition, interventional cardiology accessories were low margin products, and dependent to some extent upon the primary markets for stents. The Commission further stated that parties and their competitors' market shares across various segments of the interventional cardiology, i.e. accessories and stents, were pretty uneven. Furthermore, some market share fluctuations within each segment were also recorded over time. This was explained by the fact that sourcing through formal tendering and by single item was also common, thus creating room for contestability.<sup>39</sup>

Thus, the discrepancy in the market shares of the merged entity and Boston Scientific (at least in Hungary where information is available), the fact that the steerable guidewires were moderately differentiated products, as well as the fluctuation in the market shares and the tendering form of procurement by customers (hospitals who can multi-source), do not lend credibility to the argument that the two post-merger firms might be able to successfully tacitly coordinate their behaviour and thus enjoy a collective dominant position in the post-merger market.

Thus, the Commission might not have been able to successfully argue that the merger would lead to a creation or strengthening of dominance in these two countries if it assessed the merger under the dominance test. However, the Commission would most likely have prohibited the merger or accepted remedies under the dominance test as well, since the merger would lead to a creation or strengthening of dominant position in a substantial part of the common market.<sup>40</sup>

### *Carotid Stents*

Turning to the market for carotid stents of endovascular stents, the Commission concluded that<sup>41</sup>

*Given the characteristics of the markets of carotid SX stents in Austria, Belgium, France, Finland, Germany, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Portugal and Spain in terms of concentration, barriers to entry, customer loyalty, closeness of substitution, and as a result of the elimination of a major competitive constraint, the concentration will give rise to non coordinated adverse effects in those national markets and therefore impede*

<sup>39</sup> Paragraph 173 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>40</sup> Excluding Hungary and Sweden.

<sup>41</sup> Paragraph 301 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

*effective competition in the common market and the EEA as a result of the creation or strengthening of a dominant position.*

The merger would reduce the number of competitors from three to two in the carotid stents market. The merged entity would have a market share of 45 - 55 per cent in the EEA, with an HHI of 3663 and increment of 1176.<sup>42</sup> There were three main players in the carotid stent market: J&J, Guidant and Boston Scientific. Together they accounted for between 83<sup>43</sup> and 96 per cent of the market. In Belgium, Germany and Italy the merger combined the second and third largest players and would have led to the biggest firm in the post-merger market with market shares of 45-55 per cent, 45-55 per cent, and 40 - 50 per cent respectively. Furthermore, in France the post-merger entity had a market share of 35-45 per cent; in Spain it was 45-55 per cent.<sup>44</sup> The other large firm, Boston Scientific can be conservatively estimated to have had a market share of 35-45 per cent in Belgium, 25-35 per cent in Germany, 30 - 40 per cent in Italy, 45-55 per cent in France and 25-35 per cent in Spain.<sup>45</sup>

As aforementioned, the Commission stated that neither fast market growth nor new entry weakened the strong market presence of J&J and Guidant in the carotid stent markets. In addition, J&J and Guidant's positions were reinforced by the considerable financial resources they were devoting to the teaching of carotid stenting techniques, thereby increasing their market recognition and brand reputation. The Commission emphasised the high degree of differentiation of these products<sup>46</sup> and that the market shares of endovascular devices had been fairly stable over the last three years. It also noted the significant barriers to entry in the market<sup>47</sup> (due, *inter alia*, to the existence of IP rights) and the low degree of innovation due to the

---

42 J&J would have 15 -25 per cent and Guidant 20 -30 per cent.

43 70 - 80 per cent in the tiny Luxembourg market.

44 The merger reinforces the leadership of J&J or Guidant.

45 Based on tables J and P of the Commission's decision *Johnson and Johnson/Guidant*.

46 Paragraph 265 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

47 Paragraph 232 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

differentiation of the products which induced highly diversified demand and lower expected returns from innovation.<sup>48</sup>

The demand for these products was constituted by hospitals which had strong countervailing buying power; this was particularly due to the fact that they had several alternatives at their disposal and were arguably able to play suppliers off against each other.<sup>49</sup> The great majority of buyers practiced multiple sourcing. There were infrequent problems of interoperability between products sourced from alternative suppliers. Multiple sourcing allowed the hospitals to obtain the best device for each medical application; it also allowed them to avoid any disruption to their activities in case of a problem in the supply of a specific device. The Commission acknowledged the countervailing buyer power of hospitals, but opined nonetheless that the closeness of substitution between Guidant and J&J undermined vigorously the alleged lack of competition concerns resulting from multiple-sourcing.

Had the Commission assessed this merger under the dominance test, it would have proved difficult to allege that the merger would lead to single firm dominance in Belgium, Germany, Italy, France and Spain since the merger would lead to a market share for the combined entity of between 35-55 per cent and for the second largest firm, Boston Scientific, of between 25-55 per cent. Although the remaining factors that could substantiate an allegation that a merger could lead to single firm dominance were present (barriers to entry, low innovation, relatively stable market shares), taking into account the significant countervailing buyer power and the low market shares of the merged entity as well as of Boston Scientific in the post-merger market, the Commission would have taken a substantial risk of a successful appeal by the parties by concluding that the merger should have been prohibited under the dominance test based on the argument that the merger would lead to the creation or strengthening of a dominant position.

As regards collective dominance between the merged entity and Boston Scientific, the features of the post-merger market cannot, in my opinion, support such an allegation. The Commission did not allege that the merger would lead to coordinated effects, which in itself provides support for the argument that the post-merger market would not exhibit the features of

---

48 Paragraph 205 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

49 Paragraph 237 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

collective dominance.<sup>50</sup> The significant degree of differentiation of the products, the substantial countervailing buyer power, the likely asymmetric cost structures due to the fact that the industry was characterised by innovation and R&D investments, and the existence of IP rights,<sup>51</sup> ensured the attainment and viability of a collectively dominant position would be difficult and unlikely.

Thus, as the above analysis indicates, if the Commission had assessed the merger under the dominance test, it would have proved quite difficult to argue that the merger would lead to an adverse impact on competition in Belgium, Germany, Italy, France and Spain, either on the grounds of single firm dominance or collective dominance.<sup>52</sup> The conclusion of the Commission's assessment would have been different under the dominance test. It might have resulted in a different set of remedies proposed by the merging parties.

#### *Non-Carotid Stents*

Finally, turning to the market for non-carotid stents of endovascular stents, the Commission stated that<sup>53</sup>

*In conclusion, given the characteristics of the markets of non-carotid SX stents in Austria, Belgium, Germany and The Netherlands in terms of concentration, barriers to entry, customer loyalty, closeness of substitution, and as a result of the elimination of a major competitive constraint, the concentration will give rise to non coordinated adverse effects in those national markets and therefore impede effective competition in the common market and the EEA as a result of the creation or strengthening of a dominant position.*

The merger would reduce the number of competitors from four to three in the non-carotid stents market. At EEA level, the combined entity had a market share of 30-40 per cent (J&J: 20-30 per cent, Guidant: 10-20 per cent). J&J's market share had been relatively stable for the past three years.

---

<sup>50</sup> The Commission might have evidence of transparency, monitoring possibilities as well as of the countervailing impact of buyers and competitors and based on this evidence it decided not to pursue a possible allegation of collective dominance.

<sup>51</sup> IP rights can provide asymmetric market power to the firms engaging in collective dominance and thus undermine the sustainability of the collective dominant equilibrium

<sup>52</sup> The extent to which these countries may have constituted a substantial part of the common market in which the merger would lead to a creation or strengthening of dominant position is unclear.

<sup>53</sup> Paragraph 311 of *Johnson and Johnson/Guidant*.



Conversely, Guidant entered the market in 2000 and since then its market position constantly grew to reach 10-20 per cent. After the transaction the HHI would be 2,691, with an increment of 600. In Belgium and the Netherlands the combined market share would be 45-55 per cent; in Germany it would be 40-50 per cent. In these markets, J&J was market leader, while Guidant was the third player in Belgium (after Bard) and the fourth in Germany and the Netherlands (after Boston Scientific and Bard). Together, J&J, Guidant, Boston Scientific and Bard accounted for 85-95 per cent in Belgium, 80-90 per cent in Germany and 80-90 per cent in the Netherlands,<sup>54</sup> while the concentration ratio of the three largest firms was 70-80 per cent in Belgium, Germany and the Netherlands.

The features of this market were very similar to the one for carotid stents as regards the high degree of product differentiation, significant barriers to entry, substantial countervailing buyer power and low degree of innovation and the existence of IP rights.<sup>55</sup> It is unlikely that the Commission would have been able to argue adverse impact on competition on the basis of single firm dominance had it assessed this merger under the dominance test. With such low market shares as well as countervailing buyer power and the presence of at least one more significant competitor in the post-merger market, the Commission would not, in my opinion, be able to allege that the merger would lead to single firm dominance.

As regards collective dominance between the incumbents in the post-merger market, the features of the post-merger market could not, in my opinion, support such an allegation. Furthermore, the Commission did not allege that the merger would lead to coordinated effects but rather to non-coordinated effects, which provides support to the argument that the post-merger market would not exhibit the features of collective dominance.<sup>56</sup> Similar to the market for carotid stents, the significant degree of differentiation of the products, the substantial countervailing buyer power, the likely asymmetric cost structures due to the fact that the industry was characterised by innovation and R&D

---

54 Paragraph 306 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

55 IP rights can provide asymmetric market power to the firms engaging in collective dominance and thus undermine the sustainability of the collective dominant equilibrium.

56 The Commission might have had evidence of transparency, monitoring possibilities as well as of the countervailing impact of buyers and competitors and based on this evidence it decided not to pursue a possible allegation of collective dominance.

investments, as well as the existence of IP rights, render the sustainability of a collusive equilibrium unlikely.

As regards the market for endovascular stents in general (including balloon expandable stents,<sup>57</sup> carotid and non-carotid stents),<sup>58</sup> the Commission noted that<sup>59</sup>

*The concentration will reduce the number of most important competitors from three (the third being Boston Scientific) to two in the BX stents and carotid stents markets and from four (the third and fourth being Boston Scientific and Bard) to three in the non-carotid SX stent market. These restricted number of players account for the lion's share of the market in all countries considered above. Further competitors, although numerous, have failed so far to grab significant market shares. The concentration will either consolidate an existing leadership position of one of the merging parties or create a new market leader.*

*And concluded that*<sup>60</sup>

*there is sufficient evidence showing with the requisite degree of confidence that the operation will give rise to important non-coordinated effects and will substantially impede effective competition in the Common Market and the EEA for the endovascular stents.*

The merger between Johnson&Johnson and Guidant would lead to a significant impediment to effective competition. The transaction was allowed to proceed after substantial remedies were proposed by the parties and accepted by the Commission. In both the market for steerable guidewires and endovascular devices, the parties committed to divest the whole of the Guidant's operations in the EEA, an indication of the significant adverse

---

<sup>57</sup> *The merger will therefore significantly impede effective competition in the markets for BX stents, in particular as a result of the creation of a dominant position* (see paragraph 287 of the Commission's decision). The merger would lead to a firm with market shares ranging between 35%-45% and 90%-100% in the Member States.

<sup>58</sup> The Commission looks at the subsegments of the stents (carotid, non-carotid and balloon expandable stents). It analyses the impact of the merger in each of this segments and in paragraphs 312-323 concludes on the whole market after conducting a per-segment assessment.

<sup>59</sup> Paragraph 312 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

<sup>60</sup> Paragraph 323 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

competitive effects of the merger and the need to be rectified by an equally substantial remedy.

The results arising from the event study<sup>61</sup> indicated that the Commission's decision coincided with the investors' perception on the day of the initial significant dissemination of information regarding the adverse effects of *Johnson and Johnson/Guidant* on competition.

As the above analysis indicated, if the Commission had assessed the merger under the dominance test, it might not have been able to convincingly argue that the merger would have induced an adverse impact on competition in the markets analysed above, mainly due to the differentiation of the products, asymmetric cost structure, the countervailing buyer power and the low market shares of the merged entity. In these markets the merger would give rise to neither single-firm dominance nor collective dominance. However, the incumbents in the post-merger market would be able to unilaterally increase their prices and thus the merger would have non-coordinated effects in these oligopolistic markets.

This likely outcome was also acknowledged by the Commission when, in referring to the steerable guidewires of the interventional cardiology devices, it stated that<sup>62</sup>

*...it cannot be excluded that the remaining firms in the market may even be expected to benefit from the reduction in competition which will result from the merger; the increase in concentration may provide them the opportunity to attain higher prices than would otherwise have been the case..*

In addition, in referring to the endovascular devices, the Commission stated that<sup>63</sup>

---

61 Chapter 5 involves the implementation of an event study. In order to evaluate investors' perceptions and expectations, the abnormal increase/decrease of the share prices of the merging firms and their competitors on the official announcement day will be calculated by comparing the share price of both merging firms and their main competitors with an index of all market shares on the event day of the announcement of the merger in the news. Conducting an event study analysis for the merging parties as well as for rival firms, by comparing their actual stock price returns around the announcement date with a counterfactual measure of what the return would have been had the merger not taken place, would provide useful insights of the likely expectation of the market of the profitability of the firms resulting from a merger.

62 Paragraph 196 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

63 Paragraph 323 of *Johnson and Johnson/Guidant*.

*there is sufficient evidence showing with the requisite degree of confidence that the operation will give rise to important non-coordinated effects.*

This merger would likely have led to non-coordinated effects in oligopolistic markets, as suggested by the Commission. These adverse effects on competition might not have been able to be fully captured if the merger had been assessed under the dominance test as the above analysis illustrated.

#### IV. T-MOBILE/TELE.RING<sup>64</sup>

##### *Analysis of the case*

T-Mobile was a provider of mobile and fixed telephony services in Austria. Its parent company, Deutsche Telekom, was a world player in the telecommunications industry. Tele.ring was a provider of mobile and fixed telephony services in Austria.

The proposed transaction involved T-Mobile acquiring all the shares in EHG Einkaufs- und Handels GmbH, the sole owner of the Tele.ring group, which comprised Tele.ringTelekom Service GmbH, TRA 3G Mobilfunk GmbH and EKOM 3G Mobilfunk GmbH.

T-Mobile and Tele.ring operate mobile networks in Austria and were also active on related end-customer and wholesale markets. They also both provided fixed network services; but the Commission argued that the merger had no effect on these markets.

As regards the provision of mobile telecommunications services to end customers, the Commission assessed previous cases on the basis of a single market for the provision of mobile telecommunications services to end customers.<sup>65</sup> It concluded that a single market existed for the provision of mobile telephony services to end customers, in so far as they could be provided on both a 2G and a 3G basis. The issue whether there was a separate market for specific applications available only on the basis of 3G technology was left open since, *inter alia*, multimedia services had recently become available on the market. The geographic scope of the market was defined as national.

---

<sup>64</sup> Case M3916 *T-Mobile/Tele.ring*, 26/04/2006.

<sup>65</sup> Case M3530 *TeliaSonera/Orange* [2004] OJ C263/7 and Case M3776 *Vodafone/Oskar Mobile*, 25/05/2005.

As regards the wholesale market for call termination,<sup>66</sup> as established in previous Commission decisions,<sup>67</sup> there was no substitute for call termination on each individual network since the operator transmitting the outgoing call can reach the intended recipient only through the operator of the network to which the recipient is connected. The Commission thus argued that each individual network constituted a separate market for termination. According to the Commission the geographic markets for call termination in mobile and fixed networks were national.<sup>68</sup>

Finally, concerning the wholesale market for international roaming,<sup>69</sup> demand for wholesale international roaming services came from foreign mobile operators who wished to provide their own customers with mobile services outside their own network and, downstream, from subscribers wishing to use their mobile telephones outside their own countries.

The Commission in earlier decisions reached the provisional conclusion that each network constituted a separate market for the provision of wholesale international roaming services.<sup>70</sup> However, network operators could to a great extent choose the network in which their customers can make calls abroad. Any foreign network operator may be selected.

As regards the geographic market, the Commission has previously,<sup>71</sup> concluded that the market was national in scope. This analysis was based on the fact that wholesale international roaming agreements could be concluded only with companies which had an operating licence in the relevant country,

---

66 Call termination is the service provided by network operator B to network operator A whereby a call originating in operator A's network is delivered to the user in operator B's network.

67 Case M1493 *Telia/Telenor* [2001] OJ L40/1, Case M2803 *Telia/Sonera* [2002] OJ C201/19, and Case M3806 *Telefónica/Cesky Telecom*, 10/6/2005.

68 This is essentially owing to regulatory barriers as the geographical scope of licences is in principle limited to areas which do not extend beyond the borders of a Member State.

69 International roaming is a service which allows mobile subscribers to use their mobile handsets and SIM cards to make and receive calls/texts/data services even when abroad. In order to be able to offer this service to their customers, mobile network operators conclude wholesale agreements with one another providing access and capacity on mobile networks in the foreign country.

70 See IP/05/161 "*Commission challenges international roaming rates for mobile phones in Germany*" and IP/04/994 "*Commission challenges UK international roaming rates*".

71 Case M2726 *KPN/E-PLUS* [2002] OJ C79/12, Case M2469 *Vodafone/Airtel* [2001] OJ C207/1, Case M1863 *Vodafone/BT/Airtel* [2001] OJ C42/11, Case M2803 *Telia/Sonera* [2002] OJ C201/19, and Case M3806 *Telefónica/Cesky Telecom*, 10/6/2005.

and that licences to provide mobile services were restricted to national territory.

Turning to the competitive assessment, there were four main companies on the Austrian market operating mobile telephone networks based on GSM technology. They were Mobilkom (a subsidiary of Telekom Austria), T-Mobile, ONE and Tele.ring.

The market share of the merged entity was 30-40%, while Mobilkom had 35-45%, ONE had 15-25% and H3G had under 5%.<sup>72</sup> These market shares were calculated on the basis of turnover, but did not change if the market shares were calculated according to the number of customers.<sup>73</sup>

The Commission concluded that the elimination of Tele.ring as an independent network operator, the emergence of a market structure with two large network operators of similar size (Mobilkom and T-Mobile), a far smaller operator (ONE), and a very small operator (H3G)<sup>74</sup> would give rise to non-coordinated effects, even though T-Mobile would not have the largest market share after the merger.

The Commission analysed nine factors in order to assess the adverse impact of the merger on competition. It analysed the market shares, the HHI, customer switching, price development, incentive structures, importance of national network, network capacity, the role of other competitors, as well as the future development of Tele.ring.<sup>75</sup>

---

72 H3G (a subsidiary of Hutchison) entered the market in May 2003 and provides mobile telephony services purely on the basis of a UMTS network. H3G buys airtime access to Mobilkom's GSM network on the basis of a national roaming agreement. In the areas not covered by H3G's own network, H3G's customers therefore make their calls using Mobilkom's GSM network.

73 The market shares expressed in terms of turnover relate to all revenue from mobile telephony and therefore include turnover from international roaming and call termination. With respect to the end-customer market, the parties could only provide the Commission with data based on market research. The end-customer market shares established during the market investigation essentially correspond to the market shares by turnover given above. The same problem does not arise with respect to the market shares by customer number, as this is the figure that relates to the end-customer market.

74 Another service provider was YESSS!, which, after entering the market in April 2005, by December 2005 had a market share of around 5% (in customer terms). However, it should be noted that YESSS! was not an independent service provider, but a subsidiary of the network operator ONE and also offered its services over ONE's network. YESSS! offered only pre-paid packages and only through a discount food store and the Internet.

75 This case presents a structure for the analysis of unilateral anticompetitive effects especially in network industries.

*Market shares*

In the last three years, Tele.ring has more than doubled its market share, from 5-10% in terms of turnover, or even almost tripled it, from 5% to 5-15% in terms of customers. By contrast, of the three established network operators Mobilkom, and T-Mobile in particular, had lost significant market shares in the same period. The proposed merger would lead to close symmetry between the two largest suppliers, Mobilkom and T-Mobile. The analysis of market shares alone showed not only that Tele.ring had played an active role on the market in the last three years but also that it had been the only company to play such an active role, in terms of increased market share. Tele.ring, as a maverick, had a much greater influence on the competitive process in this market than its market share would suggest.<sup>76</sup>

*HHI*

The HHI and delta values were well above those defined as not giving rise to concern in the Commission's Guidelines.<sup>77</sup> The Commission argued that they showed that this was a highly concentrated market and that the proposed merger, in view of the high delta value, would bring about a significant change in market structures.

*Customer Switching*

The market-share data in itself suggested that a large proportion of customers who had left T-Mobile and Mobilkom had become customers of Tele.ring. The data collected by the Austrian regulator on the basis of number portability further supported this interpretation. In 2005 more than half of all customers who switched provider and made use of number portability went to Tele.ring, and between 57% and 61% of those who left T-Mobile and Mobilkom with their telephone numbers switched to Tele.ring. In second place behind Tele.

---

76 The use of the term "maverick" has been criticised as misleading. This term is unconventional as it is usually used in the context of coordinated effects. [http://www.crai.com/ecp/assets/Tele.ring\\_Mobile.pdf](http://www.crai.com/ecp/assets/Tele.ring_Mobile.pdf). However, the Horizontal Merger Guidelines in the analysis of unilateral effects refer to mergers eliminating an important competitive force (i.e. maverick) and state that: *Some firms have more of an influence on the competitive process than their market shares or similar measures would suggest.* (paragraph 37-38).

77 Post-merger HHI was 3000-3500 with a Delta of 500-600 both by turnover and by customers.

ring in 2005 was H3G, which picked up around some 20% of all customers switching provider and using number portability.<sup>78</sup>

### *Price Development*

The Commission's analysis illustrated that, overall, prices constantly fell in the reference period and that Tele.ring offered its services since the third quarter of 2002 at significantly lower prices per minute than the other three network operators and that since the first quarter of 2002 at lower prices per minute than the market average. Tele.ring's prices were well below the per-minute prices charged by the three leading operators.

The Commission concluded that during the period under investigation (from 2002 to 2005) Tele.ring was the most active player in the market, and that it exerted considerable competitive pressure on T-Mobile and Mobilkom in particular and played a crucial role in restricting their freedom on pricing. The price analysis therefore suggested that Tele.ring's role in the market was that of a maverick.

### *Incentive Structure*

The incentives for an operator to attract new customers to an existing network by offering aggressive prices were determined by the size of the customer base. The mobile telephone industry was characterised by high investment costs in building up a network to cover 98% of the population (a regulatory requirement for 2G services), network operating costs that were largely independent of the actual amount of airtime used, and relatively low variable costs. The initial incentive for network operators was therefore to exploit their capacity to the full by having as large a customer base as possible. This was particularly true of network operators that first have to build up their customer base in order to be able to recoup the network investment costs and cover the network operating costs.

It was therefore important for such network operators to attract new customers by adopting an aggressive pricing policy, as they did not have a secure and adequate customer base. In time, however, lower tariffs for new customers always had medium-term implications for the customer base, as

---

<sup>78</sup> The Commission assumed that the data collected by the Austrian regulator on switching behaviour based on number portability related to a representative section of the market as a whole and constituted a more reliable sample than customer surveys by commercial market research institutes, which necessarily included a smaller number of customers.



existing customers would not tolerate discrimination over a longer period and might therefore go elsewhere. So, the bigger the customer base, the less likelihood of low price offers aimed at attracting new customers, as the threat of lost income from existing customers would no longer be offset by the additional income to be expected from new customers.

The Commission concluded that Tele.ring's incentive to charge very competitive prices was a consequence of the number of its existing customers. T-Mobile had not pursued such a strategy and the combination of T-Mobile and Tele.ring would have even less incentive to do so in future. Tele.ring's was regarded by customers as particularly inexpensive, but was not highly rated on other factors such as quality, innovation or service.

### *National Network*

The importance of a national network with maximum possible network coverage stemmed in the first instance from customer demands. Investments and network operating costs did not constitute variable costs for a network operator and therefore had no direct bearing on the price of airtime sold to customers. With regard to these costs, the network operator had in particular an incentive to achieve economies of scale. There appeared to be no major differences in the incentives of Mobilkom, T-Mobile, ONE and Tele.ring as all these network operators had GSM networks with nationwide coverage of at least 98% (a regulatory requirement).<sup>79</sup>

### *Network Capacity*

Sufficient network capacity<sup>80</sup> was a *sine qua non* for supplying services to existing customers and, in theory, an incentive to attract new customers. On the other hand, if a mobile operator seeking to maximise profits had sufficient network capacity, this did not necessarily mean that when it had spare capacity it would lower its prices to attract new customers and use that

---

<sup>79</sup> H3G, whose network covers around 50% of the Austrian population purchases airtime under a national roaming agreement with Mobilkom in order to cover the rest of the population. As a result, H3G has variable costs for each minute used by its customers outside its own network, and this has implications for its pricing. H3G's incentives are also fundamentally different here as it cannot achieve economies of scale for that airtime comparable with those of a network operator.

<sup>80</sup> Network capacity is determined on the basis both of the frequency spectrum available and of the number of carriers within a cell that transmit the radio signal between the mobile terminal equipment and the antenna.

capacity to the full, since this might reduce the profitability of its existing customer base.

Mobilkom's network was suitable as a reference here as it had the highest use of airtime. In comparison with Mobilkom's network, the current volume of traffic on Tele.ring's network was such that it could still absorb a limited amount of additional traffic, while T-Mobile's network was used to a much lesser extent and could still absorb significantly more traffic. ONE had spare network capacity somewhere between that of Tele.ring and T-Mobile and could therefore take up more new users than Mobilkom. From a structural point of view, Tele.ring's network was also suited to absorbing extra customers over and above its current capacity.

After completion of the proposed merger, not only would the Tele.ring network be eliminated, but, presumably, the T-Mobile network would be used to full capacity to a far greater extent than was the case at that point in time. The proposed merger would therefore lead to a situation where instead of there being three operators the considerable reduction in spare capacity would also reduce the incentives for network operators to attract new customers by offering low prices in order to use up significant spare capacity. Thus, the merger would lead to a significant overall reduction in capacity in the market. According to the Commission, this reduction in available capacity would suggest that the merger would have a considerable impact on competition.<sup>81</sup>

### *Role of Other Competitors*

The Commission found no signs that a new network operator might be intending to enter the Austrian market. It concluded that it was unlikely that H3G or ONE/YESSS! would occupy a place in the market comparable with Tele.ring once the transaction was completed or that they would have been able to discipline the competitive behaviour of T-Mobile and Mobilkom in particular. Similarly, service providers would also not be able to assume such a role.

---

<sup>81</sup> The setting of prices and acquisition of new customers did not necessarily depend on the (spare) capacity available but were determined primarily by the incentives in the light of the existing customer base. So the existence of spare capacity among competitors amounting to 10% of T-Mobile and Tele.ring customers did not point to the conclusion that the competitors would inevitably plan to attract those customers at the expense of the profitability of their own customer base.

*Future Development of Tele.ring*

The Commission concluded that Tele.ring would continue to operate in future as a price-aggressive service provider on the Austrian mobile telephone market.

*Conclusion on unilateral effects arising from the merger*

As the above analysis indicates, as far as non-coordinated effects are concerned, the Commission concluded that, with the elimination of the maverick in the market and the simultaneous creation of a market structure with two leading, symmetrical network operators, it was likely that the merger would produce non-coordinated effects and significantly impede effective competition in a substantial part of the common market.

The Commission added that:<sup>82</sup>

*It is therefore probable that the proposed merger will have a tangible effect on prices in the Austrian end-customer market for mobile telephony services. Even if prices do not rise in the short term, the weakening of competitive pressure as a result of tele.ring's elimination from the market makes it unlikely that prices will continue to fall significantly as in the past.*

Turning to coordinated effects, the Commission argued that such effects may be induced as a result of the merger; but it did not offer definitive conclusions on this issue as the commitments proposed by the notifying party ruled out the possibility that the transaction would lead to coordinated effects.

After commitments submitted by the parties, the merger was declared compatible with the common market and with the EEA Agreement.

*A Gap case?*

This is a case that clearly indicates the existence of gap cases. The Commission seems to analyse most of the factors that are essential in order for a merger to lead to non-coordinated effects in oligopolistic markets. The merged entity would have the second place in the post-merger market with 30-40%, while Mobilkom would have 35-45%. In addition, HHIs indicated a significant

---

82 Paragraph 125 of the Commission's decision.

degree of concentration in the post-merger market. In the post-merger market there would be limited customer switching between the merged entity and Mobilkom, since once Tele.ring disappeared from the market, H3G would be the major destination of customers who would like to switch as is indicated by eliciting the 20% of all customers switching provider and using number portability.

Limited switching between the merged entity and Mobilkom, the two largest firms in the post-merger market, indicated that both firms were likely to increase prices without having any significant risk of customers switching to the other. Although customers of both firms could have switched to the other competitors, as the Commission argued, it was unlikely that H3G or ONE/YESSS! would occupy a place in the market comparable with that of Tele.ring once the transaction was completed, or that they would be able to discipline the competitive behaviour of the merged entity and Mobilkom. Thus, both these firms could unilaterally increase prices in the post-merger market.

This case shows that the finding of non-coordinated effects is not limited to a situation where the merging parties are the closest competitors to each other. In addition, the merged entity had the second largest market share in the market, with Mobilkom being the largest firm. It is inconceivable that the Commission could allege that the merger would lead to the creation or strengthening of a dominant position, had the merger been assessed under the dominance test.

The Commission did not rule out the possibility that the proposed merger, besides producing the non-coordinated effects as described above, may also lead to a weakening of competitive pressure as a result of coordinated effects. These coordinated effects would result in prices on the market rising higher than if they were dictated only by the individual, non-coordinated, profit-maximising behaviour of each individual competitor. The merger would lead to two network operators of roughly equal size, Mobilkom and T-Mobile, which together would account for a market share of 60-80% on the Austrian mobile communications market. In addition, the merger would remove the price-aggressive maverick, leaving no other service provider that would be able to take over its role in the short to medium term. As mentioned above, the remaining competitors in the post-merger market were unlikely to pose significant constraints on the merged entity and Mobilkom.

Although the Commission alleged that coordinated effects could arise, it excluded their analysis from the decision.<sup>83</sup>

Although the Commission might not have been able to block the merger under the dominance test based on the allegation that the merger would lead to the creation or strengthening of a dominant position, the Commission might have been able to allege that the merger would lead to the creation or strengthening of a collective dominant position. Thus, it could have achieved the same outcome (i.e. clearance with remedies) under the dominance test that it achieved under the SIEC test.

## V. CONCLUSION

The cases analysed herein provide examples where caselaw analysis illustrated gap cases. Although these cases needed to be prohibited or cleared with remedies, they were cleared unconditionally due to the inability of the dominance test to apply to mergers that induce non-coordinated effects in oligopolistic markets. Thus, the gap in the dominance test of the original ECMR was existent and thus the substantive reforms and the adoption of the SIEC test were necessary in order to improve the effectiveness of merger legislation and the accuracy of the legal standard for merger assessment.

Even though the legal substantive test has been changed from the “dominance test” to the SIEC in the Recast ECMR, and thus would appear to rectify the “gap” in the European Community merger regime, the occurrences of such “gap” cases may not cease under national laws that still adhere to the traditional dominance test. Such regimes are likely to experience cases where they will be facing a merger which will have the features of a non-collusive oligopoly but the competition authorities will be unable to apply the dominance test, and will thus resort to other methods of trying to deal with the adverse effects on competition of a merger; this will lead to legal errors, uncertainty and likely (successful) appeals against the authorities’ decisions. The evidence of cases in the case law which illustrate the existence of a gap in the application of the dominance test is a fact that needs to be taken into consideration by these Member States in order to enable them to efficiently and accurately assess the adverse impact on competition.

---

<sup>83</sup> [www.internationallawoffice.com](http://www.internationallawoffice.com). As mentioned in the introduction of this thesis, although non-coordinated and coordinated effects are unlikely to occur simultaneously, it is possible that the merger may lead to non-coordinated and coordinated effects occurring sequentially.

In addition, complications may arise from the application of Articles 4(4) and 9 of the ECMR. Under both these Articles a concentration may be referred to a Member State for assessment. In case the merger is likely to lead to non-coordinated effects in oligopolistic markets, it will not be blocked in a Member State which applies the dominance test, whereas it would have been blocked under the SIEC test of the Recast ECMR. Thus, a tendency may be observed of parties, where appropriate, requesting referrals to Member States that apply the dominance test in the assessment of mergers, since mergers inducing non-coordinated effects in oligopolistic markets are unlikely to be blocked in these Member States. The latter fact may create distortions in the merger referral and assessment process.

Improved understanding of mergers leading to non-coordinated effects in oligopolistic markets, as well as of the contributing factors, firmly rooted in economic theory is essential in three respects: reducing the number of transactions with adverse impact on competition, increasing the number of beneficial transactions, and reducing the uncertainty surrounding merger approval. The new ECMR by rectifying the gap of the dominance test contributed greatly to the improvement of merger assessment.

# NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DE COMPROMISSOS, CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES NO CONTROLO PRÉVIO DE CONCENTRAÇÕES

*Miguel Mendes Pereira\**

*ABSTRACT: The Portuguese merger control regime provides for the possibility of the Competition Authority granting a clearance decision subject to “conditions” and “obligations” meant to materialize “commitments” submitted by the parties. Whilst the meaning of these notions in EU law has become clear over time as the result of the Commission’s case law, their exact scope under Portuguese administrative law is not clear. As is not clear the legal nature of a clearance decision subject to conditions and obligations. This article analyzes these concepts under Portuguese law with the purpose of establishing their legal regime.*

**SUMÁRIO:** 1. Função das condições e obrigações. 2. Natureza jurídica das condições e obrigações. 2.1. Termo. 2.2. Condição. 2.3. Modo. 3. Distinção entre condições e obrigações. 4. Incumprimento de condições e obrigações. 4.1. O regime da União Europeia. 4.2. O regime português. 4.3. O princípio da juricidade. 4.4. O equilíbrio de interesses. 5. Requisitos das condições e obrigações. 5.1. Adequação e necessidade. 5.2. Suficiência e exequibilidade. 5.3. Preservação da tipicidade dos efeitos. 5.4. Limites temporais. 5.5. Fundamentação. 5.6. Consequências da ilegalidade. 6. Função e natureza dos compromissos. 6.1. Função. 6.2. Natureza jurídica. 7. Natureza jurídica da decisão acompanhada de condições e obrigações. 7.1. Decisão acompanhada de condições. 7.2. Decisão acompanhada de obrigações.

O aumento de dimensão das empresas não se dá somente por crescimento orgânico mas também por via de fusões e aquisições, ou seja, por processos de concentração. Sendo claras as vantagens económicas da concentração empresarial, a verdade é que, por vezes, uma operação de concentração pode

---

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; advogado.

reflectir-se negativamente na estrutura concorrencial do mercado, sendo, em regra, os seus efeitos tão mais perniciosos quanto mais elevado for o grau de concentração no mercado.

O controlo prévio de concentrações materializa um modo de intervenção regulatório *ex ante* no domínio jusconcorrencial visando a preservação da concorrência no mercado. Como forma de conjugar o interesse na manutenção da concorrência com a conveniência de potenciar os ganhos de eficiência que podem resultar do fenómeno da concentração empresarial, por um lado, e como modo de conciliar o carácter intrusivo da intervenção pública *ex ante* com a dinâmica empresarial que o modelo da economia de mercado é suposto proporcionar, por outro, os regimes de controlo prévio de concentrações propiciam em regra, pelo menos nos Estados-membros da União Europeia, à entidade administrativa encarregada de aplicar as normas de concorrência não só a competência para aprovar ou proibir uma operação de concentração mas também para, aprovando a operação, a sujeitar a determinados condicionalismos.

Em Portugal, o n.º 3 do art. 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência, “LdC” doravante) prevê que a AdC pode tomar decisões de não oposição “acompanhadas da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”.

O presente trabalho tem por objecto o estudo da natureza jurídica e função das figuras que sustentam a aprovação condicionada de uma operação de concentração por parte da Autoridade da Concorrência portuguesa (“AdC” doravante): compromissos, condições e obrigações<sup>1</sup>. O resultado desta investigação proporcionar-nos-á os meios para, a final, determinar a natureza jurídica da própria decisão da AdC acompanhada de condições e obrigações.

## 1. FUNÇÃO DAS CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

O procedimento de controlo prévio de concentrações conhece, em Portugal, duas possíveis decisões finais: não-oposição (ou seja, aprovação), nos termos do art. 35.º, n.º 1, alínea *b*), ou 37.º, n.º 1, alínea *a*), da LdC, ou proibição, nos

---

1 O presente artigo tem como base a investigação iniciada em Mendes Pereira, 2009, tendo sido objecto de reformulações várias em resultado de apresentações públicas e de uma significativa actualização face, nomeadamente, às alterações verificadas no direito da União Europeia.



termos do art. 37.º, n.º 1, alínea *b*). Esta é a estrutura binária do desfecho do procedimento que decorre de uma tramitação linear: notificação de um projecto de concentração (art. 31.º), instrução (art. 34.º), eventualmente investigação aprofundada (art. 36.º) e decisão final de não-oposição ou de proibição.

Uma decisão de não-oposição, para ser válida, tem que ser tomada tendo por base o cabal preenchimento dos seus pressupostos, ou seja, a realização de uma avaliação à luz dos critérios enumerados no art. 12.º da LdC conducente à conclusão de que a operação *não* é susceptível de conduzir à criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência. De igual modo, uma decisão de proibição, para ser válida, tem que ser tomada tendo por base o cabal preenchimento dos seus pressupostos, ou seja, a realização de uma avaliação à luz dos critérios enumerados no art. 12.º conducente à conclusão de que a operação *é* susceptível de conduzir à criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência.

Sucedem que a lei não estrutura o desfecho do procedimento de forma absolutamente binária, oferecendo aos intervenientes uma terceira via: a situação na qual, embora não estejam reunidos todos os pressupostos necessários à tomada de uma decisão favorável, é permitido aos próprios sujeitos procedimentais não só preencher o(s) pressuposto(s) em falta mas mesmo moldar o respectivo preenchimento. Às partes é oferecida a possibilidade de, mediante a assunção voluntária de compromissos, representar um cenário pós-concentração no qual a concorrência efectiva esteja assegurada. À AdC é proporcionada a faculdade de realizar um juízo prognóstico quanto à credibilidade dos compromissos assumidos pelas partes e, sendo a conclusão positiva quanto à manutenção de uma concorrência efectiva no cenário pós-concentração, de conrolá-los em “condições e obrigações” às quais se subordinará a decisão de não-oposição.

As condições e obrigações impostas às empresas, incorporando os compromissos apresentados pelas partes na operação e consubstanciando, para além disso, o juízo credibilizante da AdC, providenciam assim o preenchimento do pressuposto de direito que permite evitar a pura e simples proibição da operação, fornecendo à AdC o fundamento jurídico para a emanação de uma decisão favorável.

Esta é a *função* das condições e obrigações. De um ponto de vista funcional, correspondem a um pressuposto de direito cujo preenchimento se torna necessário para que a AdC possa proferir uma decisão de não-oposição nos

casos em que, no momento da emanção da decisão, não se encontrem ainda preenchidos todos os outros pressupostos necessários a uma decisão favorável e se mostrem, pelo contrário, preenchidos todos os pressupostos necessários à emanção de uma decisão de proibição.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

O art. 35.º, n.º 3, da LdC determina que a AdC pode proferir uma decisão de não-oposição “acompanhada da imposição de condições e obrigações”. Da letra da lei resulta, assim, que as obrigações e condições integram o desfecho do procedimento em conjunto com a decisão final da AdC e que são o instrumento através do qual a AdC procura garantir a manutenção de uma concorrência efectiva nos mercados relevantes após a concentração. Resulta igualmente que as condições e obrigações não correspondem à própria decisão, nem porventura a integram, pois a lei distingue-as da própria decisão: elas *acompanham* a decisão, mas *não são* a decisão. O que é, aliás, compreensível: a decisão consiste somente na não-oposição ou na proibição.

A lei atribui assim um carácter de acessoriedade às condições e obrigações. Trata-se, porém, de uma acessoriedade que – algo paradoxalmente – desempenha um papel fundamental, pois tais elementos integram necessariamente a *fundamentação* de uma decisão de não-oposição. Na sua ausência, a decisão da AdC teria que ter outro sentido: o da proibição. Se do ponto de vista funcional as condições e obrigações correspondem a um modo suplementar de preenchimento dos pressupostos necessários a uma decisão de não-oposição, de um ponto de vista *material* elas correspondem a um elemento essencial da fundamentação do acto. Nos casos em que haja lugar à imposição de condições e obrigações, a decisão da AdC apresenta, pois, um vínculo de dependência material relativamente a elas.

Esta constatação leva-nos a concluir estarmos perante *cláusulas acessórias*, ou seja, “disposições introduzidas no conteúdo vinculado ou discricionário do acto administrativo que tocam apenas a sua eficácia ou que alteram a posição relativa entre a Administração e o particular”<sup>2</sup>. O art. 121.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA” doravante) consagra a condição, o termo e o modo, reconhecendo ainda a doutrina a reserva de revogação<sup>3</sup>, figura que

2 Soares, 1978: 285 e 287.

3 Caetano, 1980: 542; Sérvulo Correia, 1982: 501; Robin de Andrade, 1985: 178 e 179.

não encontra, porém, reconhecimento expresso no CPA. Importa averiguar onde se enquadram as “condições e obrigações” consagradas na LdC.

### 2.1. Termo

Termo é a cláusula acessória através da qual se subordina a eficácia de um acto a uma data certa ou a um evento futuro e certo em data certa – *certus an, certus quando* – ou a um evento futuro certo em data incerta – *certus an, incertus quando*. Podemos, desde já, eliminar o termo da lista de cláusulas acessórias às quais se poderiam reconduzir as condições e obrigações previstas na LdC.

Com efeito, o *termo inicial* subordina o *início* dos efeitos do acto à ocorrência da data ou do evento. Ora, a decisão da AdC produz efeitos desde a sua notificação às partes, ficando estas, desde logo, autorizadas a concretizar a concentração, pelo que nunca poderia aqui estar em causa um termo inicial.

Por seu lado, o *termo final* determina a *cessação* dos efeitos do acto mediante a ocorrência da data ou do evento. É, no entanto, um facto adquirido desde o momento da prática do acto que a data ou o evento irão ocorrer, pois eles são certos (*certus an*). Ora, uma decisão de não-oposição acompanhada de condições e obrigações não assume como seu elemento integrante a cessação segura dos seus efeitos em dado momento. Pelo contrário, tal decisão assenta numa expectativa ou convicção de que os requisitos necessários à sua subsistência se irão verificar no futuro. Assim, a verificação de um evento futuro, bem como o momento em que este se verifique, que determinem a cessação dos efeitos do acto não são uma certeza mas sim uma mera *possibilidade* e, enquanto tal, incerta<sup>4</sup>.

### 2.2. Condição

A condição subordina a eficácia de um acto administrativo a um evento futuro e incerto (*incertus an, incertus quando*), podendo ser suspensiva (quanto ao início dos efeitos) ou resolutive (quanto à sua cessação). Pelas mesmas razões acima apontadas relativamente ao termo inicial, excluimos desde logo a condição suspensiva, pois nunca estará em causa o início dos efeitos da decisão da AdC: quanto muito, estará em causa a sua cessação, nos moldes que se verificam no quadro da condição resolutive. Importa, então, averiguar

---

4 O termo final poderá caracterizar um acto *provisório*, mas não um acto *precário* como é o que – conforme veremos a final – materializa uma decisão de não-oposição acompanhada de condições. Sobre a diferença entre acto provisório e acto precário v. Urbano Calvão, 1998: 21 e sgs. e 70.

se a “condição” referida no art. 35.º, n.º 3, da LdC corresponderá a uma condição tal como prevista no art. 121.º do CPA, na sua modalidade *resolutiva*.

Tomando como base os ensinamentos da doutrina civilística, a condição pode ser casual (quando o evento condicionante seja estranho à vontade das partes, podendo tratar-se de um facto natural ou um acto de terceiro) ou potestativa (quando o evento condicionante corresponda à manifestação de vontade de uma das partes)<sup>5</sup>. A condição potestativa pode ser *a parte creditoris* ou *a parte debitoris* consoante o evento condicionante for um acto do credor ou do devedor condicional, sendo *arbitrária* se a manifestação de vontade for totalmente livre e desvinculada, ou *não arbitrária*.

Podemos, desde já, afastar a condição casual. Com efeito, o incumprimento de uma condição ou obrigação é qualificado pela LdC como uma contra-ordenação, punível nos termos do art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC. Ora, para que um facto seja punível como contra-ordenação exige-se que o mesmo seja “censurável”, conforme resulta da própria definição de contra-ordenação inscrita no art. 1.º do Regime Geral das Contra-ordenações, aprovado pelo DL n.º 433/82, de 27 de Outubro (“RGCO” doravante), o que se consubstancia na subordinação da punibilidade das contra-ordenações à existência de culpa, na modalidade de dolo ou negligência, nos termos do art. 8.º, n.º 1, do RGCO (cfr. art. 43.º, n.º 6, da LdC). Assim sendo, resulta claro que nunca o incumprimento de uma condição casual – alheia à vontade das empresas notificantes – lhes poderia ser imputada a título de dolo ou negligência, o que demonstra claramente que nunca este caso pode ter estado na mente do legislador. Uma “condição” ou “obrigação” nos moldes previstos no art. 35.º, n.º 3, da LdC não pode, pois, corresponder a uma condição *casual* resolutiva.

Afastada a condição suspensiva e a condição casual, será possível estarmos então perante uma condição potestativa resolutiva?

A particularidade de configurar as “condições e obrigações” como condições potestativas resolutivas consiste no facto de ter que fazer corresponder uma declaração de vontade ulterior da AdC de sentido revogatório ao evento condicionante, ou seja, admitir que fica nas mãos da AdC, mediante a prática de um acto de revogação da decisão de não-oposição, o desencadear do evento que acciona a condição resolutiva, correspondendo a revogação ao evento condicionante. Com efeito, tratar-se de uma condição *resolutiva* sig-

---

<sup>5</sup> Andrade, 1972: 367; Galvão Teles, 1987: 1281; Menezes Cordeiro, 2005: 715 e sgs.; Paes de Vasconcelos, 2005: 448 e sgs.; Mota Pinto, 2005: 565 e sgs.; Prata, 2006: 278 e sgs.

nifica que o evento condicionante, ao verificar-se, destrói os efeitos do acto. Ora, no âmbito de uma relação entre um particular e a Administração (*in casu*, entre as empresas autoras da notificação e a AdC), só um acto da própria Administração – a revogação – pode destruir os efeitos de um acto administrativo anterior. Assim sendo, a hipótese da condição potestativa resolutive neste caso<sup>6</sup> corresponde necessariamente a uma condição potestativa resolutive *a parte debitoris*, sendo o evento condicionante um acto do devedor condicional, ou seja, da AdC.

Há que salientar, antes de mais, que parte da doutrina civilista rejeita *in limine* que a manifestação de vontade de uma das partes possa corresponder ao evento condicionante que dita a resolução do negócio, excepto se tal manifestação não tiver qualquer relação directa com o efeito resolutive desencadeado pelo evento<sup>7</sup> ou então esteja vinculado a interesses estranhos aos efeitos do negócio, significando, pois, que a manifestação de vontade não é dirigida especificamente à resolução do negócio<sup>8</sup>.

Aplicada ao Direito Administrativo, esta abordagem implica que, no caso de acto administrativo sujeito a condição resolutive potestativa, só tenha relevância jurídica, para efeito do preenchimento de evento condicionante, um acto administrativo que vise prosseguir um interesse público específico diferente daquele que o acto administrativo condicionado quis satisfazer, sendo, portanto, o acto condicionado praticado ao abrigo de uma norma de competência diferente daquela em que assentou o acto condicionante<sup>9</sup>. No campo do Direito da Concorrência, tal implicaria que a revogação de uma decisão de não-oposição com fundamento no incumprimento de “condições e obrigações” prosseguisse um fim diferente daquele que norteou a decisão de não-oposição.

Ora, se é claro que o evento condicionado (decisão de não-oposição) prosseguiu o fim da manutenção da concorrência efectiva (através da imposição de “condições e obrigações”), não o é menos que o evento condicionante (acto de revogação da decisão de não-oposição) nunca poderia assentar noutro inte-

---

6 Urbano Calvão, 1998: 86 e 87, suportada em doutrina italiana, fala em *condição resolutive potestativa pública* a propósito do caso em que o comportamento que desencadeia a destruição dos efeitos produzidos pelo acto administrativo é, não do destinatário, mas do autor do mesmo.

7 Urbano Calvão, 1998: 88, nota 162.

8 Galvão Teles, 1987: 1281.

9 Urbano Calvão, 1988: 88, nota 162.

resse público que não o da manutenção da concorrência efectiva, dado que a sua ocorrência se dá justamente em reacção a algo que colocou em perigo a manutenção da concorrência efectiva (incumprimento das “condições e obrigações” que visavam assegurá-la). Assim sendo, a norma de competência ao abrigo da qual actuaria a AdC sempre teria que ser a mesma. Nesta óptica, nunca poderiam, pois, as “condições e obrigações” corresponder a condições potestativas resolutivas.

Para a parte da doutrina que aceita que na condição potestativa o evento condicionante possa ser tanto *a parte creditoris* como *a parte debitoris*<sup>10</sup>, a verificação do evento condicionante não pode ser inteiramente livre, tendo que estar subordinada a um facto com relevância para os interesses (sérios) que o devedor prossegue<sup>11</sup>. Por outras palavras, o evento condicionante pode ser desencadeado no âmbito do exercício de um juízo *discricionário* mas não *arbitrário*<sup>12</sup>. Se de verdadeira arbitrariedade se tratar (ou seja, total ausência de vinculação), então não estaremos perante uma verdadeira condição: tratando-se de (aparente) condição potestativa arbitrária *suspensiva*, estaremos na realidade perante um pacto de opção ou uma proposta contratual; tratando-se de (aparente) condição potestativa arbitrária *resolutiva*, estaremos na realidade perante uma cláusula de resolução ou de denúncia<sup>13</sup>. O que leva Mota Pinto a afirmar: a “condição potestativa arbitrária *a parte creditoris* é inútil; a condição potestativa *a parte debitoris* é inadmissível. Nos contratos bilaterais, a condição potestativa nunca será, verdadeiramente, arbitrária, pois o contraente cujo acto funciona como evento condicionante terá ou não direito à contraprestação consoante a sua atitude, pelo que esta nunca consistirá *num puro querer* ou num facto que é *indiferente* praticar ou omitir, antes põe em jogo um interesse sério (receber ou não a contraprestação).”<sup>14</sup>

Em Direito Administrativo, tende a reservar-se a utilização da expressão *condição potestativa* para designar um comportamento do *destinatário* de um acto administrativo cuja ocorrência desencadeará os efeitos deste. Trata-se, pois, em regra, de uma condição *suspensiva* cuja verificação incumbe ao des-

10 Andrade, 1972: 368; Pinto Coelho, 1909: 40; Cunha Gonçalves, 1931: 393 e 394.

11 Pinto Coelho, 1909: 44.

12 Urbano Calvão, 1998: 86 e 87 e restante doutrina aí citada.

13 Paes de Vasconcelos, 2005: 449.

14 Mota Pinto, 2005: 566.

tinatário do acto<sup>15</sup>. Quem, no entanto, admita que a condição potestativa possa não só ser suspensiva mas também resolutive e ainda que o evento condicionante corresponda a um acto não do respectivo destinatário mas sim do autor<sup>16</sup>, considerará que o comportamento da Administração que corresponda ao evento condicionante está subtraído à arbitrariedade mas enquadra-se no exercício de um poder discricionário, sujeitando-se, por isso, aos ditames do interesse público.

No entanto, e independentemente da configuração que se pretenda dar à condição potestativa em Direito Administrativo, duas razões apontam no sentido de, sem necessidade de tomar posição sobre aquela problemática, excluirmos também a condição potestativa resolutive do universo de figuras a que poderiam corresponder as “condições” e obrigações” previstas no art. 35.º, n.º 3, da LdC.

Em primeiro lugar, no caso de se conceber o evento condicionante como um acto a praticar pela Administração (neste caso, pela AdC), sobrevém o mesmo problema acima apontado a propósito da condição casual, ou seja, a impossibilidade legal de imputar às empresas notificantes a contra-ordenação correspondente ao incumprimento de uma condição ou obrigação a título de dolo ou negligência (art. 8.º, n.º 1, do RGCO e art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC). Com efeito, não estando em causa um acto a praticar pelas empresas notificantes (mas sim pela AdC), não poderá naturalmente ser-lhes imputada a omissão da prática do acto como contra-ordenação<sup>17</sup>.

Em segundo lugar, mesmo que se concebessem (de forma – parece-nos – algo forçada) os possíveis comportamentos que estão efectivamente na disponibilidade das empresas notificantes como os pressupostos ou motivos para a prática do acto pela AdC que correspondesse ao evento condicionante<sup>18</sup>, ainda assim constataríamos que nunca a “condição” ou a “obrigação” previstas no art. 35.º, n.º 3, da LdC poderiam corresponder a uma “condição resolutive

15 Soares, 1978: 289 e 292.

16 É o caso de Urbano Calvão, 1988: 86 e 87, que a este propósito fala em condição resolutive potestativa pública.

17 Ainda que se coloque o interesse público como o único parâmetro decisório da AdC no acto a praticar, limitado este pelos princípios legais que enquadram o exercício do poder discricionário, tal como sustenta Urbano Calvão, 1988: 86 e 87, não há forma de contornar o facto de que, nesta perspectiva, o evento condicionante corresponde a um acto da AdC e não das empresas notificantes, ainda que ele resulte, em certa medida, do comportamento que as empresas adoptem após a decisão de não-oposição.

18 Configurando, portanto, a “condição” ou “obrigação” como uma condição resolutive potestativa pública, nos termos em que o faz Urbano Calvão, 1988: 86 e 87.

potestativa pública”<sup>19</sup>. Isto porque nesta última, o acto ulterior ao acto precário visa “assegurar a manutenção de certos elementos que constituíram a base do acto administrativo”<sup>20</sup> e “pode possuir um qualquer conteúdo, em função do que for exigido pelo evolução do interesse público”<sup>21</sup>. Por outras palavras, o teor do acto a praticar pela AdC após a decisão de não-oposição, apesar de ser discricionário e não arbitrário e estando, por isso, subordinado aos princípios legais que enquadram o exercício do poder discricionário, dependeria tão somente da evolução do interesse público, o qual, neste caso, é o da manutenção de uma concorrência efectiva nos mercados relevantes.

No domínio jusconcorrencial, esta abordagem implica que a AdC, em função da evolução do contexto concorrencial e na medida necessária à manutenção da concorrência efectiva, pudesse praticar em qualquer momento um segundo acto (evento condicionante), ulterior à decisão de não-oposição (acto condicionado), alterando o conteúdo desta última. Simplesmente, tal alteração não surgiria como consequência do incumprimento de uma “condição ou obrigação”. O acto ulterior seria ele mesmo o evento condicionante determinando a cessação dos efeitos da decisão de não-oposição.

Porém, para que esta abordagem fosse legalmente admissível, tornar-se-ia necessário que a LdC previsse a competência da AdC para, em momento posterior à decisão de não-oposição, praticar um acto modificador (maxime revogatório) da decisão, com um conteúdo determinado pela evolução do contexto concorrencial, tendo em vista a manutenção do equilíbrio de interesses encontrado para a prática do primeiro acto e a prossecução do interesse público na manutenção da concorrência efectiva, *independentemente da origem dos factores sobrevindos* que tivessem alterado o equilíbrio de interesses inicial. Assim, teria que se admitir a possibilidade de intervenção subsequente da AdC mesmo que não tivesse havido lugar a incumprimento de qualquer “condição ou obrigação” mas estivesse ainda assim em perigo a manutenção da concorrência efectiva, fosse por actuação *lícita* da nova entidade resultante da concentração (por exemplo, duplicação da quota de mercado anteriormente detida pelas empresas notificantes em resultado de integração vertical, economias de escala ou política de preços agressiva), fosse por actuação de terceiros (por exemplo, concorrente que declara insolvência ou simplesmente

---

19 Urbano Calvão, 1998: 87.

20 *Idem*: 92.

21 *Idem*: 96.



encerra a actividade no mercado geográfico relevante, transformando a nova entidade resultante da concentração em monopolista).

Ora, verifica-se que não é este o cenário desenhado pela LdC. A AdC não pode sem mais vir ulteriormente alterar a sua decisão de não-oposição, mesmo que se veja confrontada com circunstâncias que, a terem sido por ela antecipadas, a teriam levado a proferir uma decisão de proibição. Conforme resulta do disposto no art. 40.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), são somente duas as circunstâncias em que a AdC tem competência para intervir ulteriormente em relação a uma sua decisão de não-oposição: decisão tomada com base em informações falsas ou inexactas e incumprimento de uma condição ou obrigação. Ambas as situações são objecto de intervenção oficiosa.

No primeiro caso, com o fim de imputar a prática de uma contra-ordenação (art. 43.º, n.º 3, alínea *b*), da LdC), eventualmente aplicar uma sanção pecuniária compulsória (art. 46.º, alínea *c*), da LdC) e provocar nova notificação (art. 40.º, n.º 3, da LdC). No segundo caso, com o fim de imputar a prática de uma contra-ordenação (art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC), de eventualmente aplicar uma sanção pecuniária compulsória (art. 46.º, alínea *a*), da LdC) e de conduzir à declaração de nulidade dos negócios jurídicos realizados em contradição com condições ou obrigações (art. 41.º, alínea *b*), da LdC).

Constata-se, pois, que a AdC não possui competência para praticar, relativamente a uma decisão de não-oposição, actos ulteriores modificativos com base numa supervisão de carácter geral do contexto concorrencial nos mercados relevantes. Tem-na, sim, caso tenha havido desrespeito por alguma condição ou obrigação. Nestes termos, existe discricionariedade por parte da AdC quanto à decisão de praticar ou não um acto ulterior, mas uma vez tomada a decisão de intervir, o fim da intervenção é vinculado: destina-se a impor a situação concorrencial que existiria se as condições ou obrigações tivessem sido cumpridas ou a repor a situação concorrencial que existiria se a concentração tivesse sido proibida. E o conteúdo do acto ulterior é estritamente limitado pela circunstância que lhe dá origem (e que, do mesmo passo, fornece a base legal) e pelo fim visado.

Em resultado das necessidades de segurança jurídica por parte das empresas notificantes da concentração (bem como, até certo ponto, dos outros operadores no mercado) e de um grau mínimo de estabilidade no acto da AdC, o poder de intervenção ulterior por parte da AdC está limitado à verificação do (in)cumprimento das condições e obrigações e à prática dos actos que daí estritamente resultem. O teor da decisão de não-oposição será seguramente

susceptível de modificação em resultado do incumprimento das condições e obrigações por parte das empresas notificantes, mas tal não significa que se verifique a mesma susceptibilidade em resultado da alteração de qualquer outro dado no contexto concorrencial, ainda que assim o exigisse (a evolução de) o interesse público correspondente à manutenção de uma concorrência efectiva.

Pelo exposto, e tal como já havíamos feito relativamente à condição resolutive casual, concluímos que também a condição resolutive potestativa não é susceptível de corresponder às noções de “condição” e “obrigação” previstas no art. 35.º, n.º 3, da LdC.

### 2.3. Modo

Afastadas todas as modalidades possíveis da condição, confrontamo-nos, pois, com a inevitabilidade de, não obstante a sugestão enganadora da sua designação, as “condições e obrigações” previstas na LdC terem que corresponder a outra cláusula acessória do catálogo do art. 121.º do CPA que não a condição. Assim, das três figuras consagradas pelo art. 121.º do CPA, remanesce o modo. Importa ver se é ao modo que podemos reconduzir as “condições e obrigações”.

No caso de se conceber o evento condicionante como um acto a praticar pelas empresas notificantes – como parece irremediavelmente ser o caso –, então o que parece estar em causa é não uma condição, mas sim um modo, ou seja, “a cláusula acessória de um acto produtor de vantagens que se traduz na imposição de um dever de fazer, não fazer ou suportar dirigido ao seu destinatário”<sup>22</sup>. Através do modo a Administração concede logo à partida a posição jurídica ao particular, embora não se verifiquem ainda todos os requisitos considerados necessários pela Administração para a outorga da vantagem, procurando o modo justamente garantir o seu preenchimento completo<sup>23</sup>.

Nesta aproximação ao modo, convém, recorrendo mais uma vez à doutrina civilística, recordar a distinção clássica que é efectuada entre aquela figura e a condição, sendo certo que a “possibilidade de confusão entre as duas figuras circunscreve-se (...) à cláusula modal e à condição potestativa em que o evento condicionante é um acto do credor condicional (condição potestativa

---

<sup>22</sup> Soares, 1978: 290.

<sup>23</sup> Urbano Calvão, 1998: 71.

*a parte creditoris*).<sup>24</sup> Assim, no que respeita à modalidade suspensiva, é usual afirmar-se que “a condição suspensiva suspende mas não obriga e o modo obriga mas não suspende”. Na modalidade que nos interessa – a resolutiva –, afirmar-se-á então que “a condição resolutiva resolve automaticamente, mas não obriga e o modo obriga, mas dá apenas o direito de pedir a resolução”<sup>25</sup> ou “dá lugar a uma faculdade de resolver, que pode ou não ser exercida por quem tiver para tanto legitimidade, mas que não tem obrigatoriamente de o ser”<sup>26</sup>. Transposto o aforismo para o Direito Administrativo, poderíamos afirmar que a condição resolutiva gera automaticamente a caducidade mas não obriga e o modo obriga mas confere apenas a faculdade de revogar, a qual pode ou não ser exercida.

A pedra de toque na distinção entre condição e modo reside efectivamente na vinculação. Apesar de reportadas ao Direito Civil, justifica-se transcrever, pela sua assertividade, as palavras de Pais de Vasconcelos a este propósito: “Da condição resolutiva, mesmo da condição resolutiva potestativa arbitrária, não será difícil distinguir o modo resolutivo, desde que se tenha em atenção que a verificação da condição resolutiva é um facto lícito que nada tem de ética ou juridicamente reprovável e que corresponde ao seu normal funcionamento, enquanto a resolução do modo por incumprimento envolve um acto ilícito, ética e juridicamente reprovável, que constitui um delito civil; o funcionamento da condição resolutiva está de acordo com o plano do direito, enquanto a resolução por incumprimento do modo está contra o plano do direito. Só um formalismo ética e valorativamente cego pode criar dificuldades de distinção entre a condição e o modo.”<sup>27</sup>

Em caso de dúvida, a doutrina tende a considerar que a estipulação deve ser qualificada como cláusula modal<sup>28</sup>, não só porque a mesma se traduz, em regra, numa posição mais vantajosa para o destinatário<sup>29</sup>, mas igualmente porque assim melhor se preserva o princípio da conservação dos negócios

24 Mota Pinto, 2005: 584.

25 *Ibidem*.

26 Paes de Vasconcelos, 2005: 461.

27 *Idem*: 460 e 461.

28 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 571.

29 Andrade, 1972: 394.

jurídicos<sup>30</sup>. Com efeito, o modo limita-se a conferir à Administração a faculdade de revogar o acto precário – a qual pode ou não ser exercida –, não implicando a destruição automática dos seus efeitos.

Como vimos já, as “condições e obrigações” consagradas na LdC correspondem a cláusulas acessórias que não suspendem os efeitos da decisão de não-oposição da AdC, antes investindo, desde logo, as empresas notificantes nas posições jurídicas correspondentes à fusão, aquisição de controlo ou constituição de empresa comum. Por outro lado, trata-se de cláusulas que criam um dever na esfera das empresas notificantes: o que sempre aqui está em causa é o cumprimento de um encargo, “um dever de fazer, não fazer ou suportar”, constituindo o incumprimento desse dever um acto ilícito, imputável às empresas notificantes, a título de dolo ou negligência, como contra-ordenação, prevista e punida pelo art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC.

Por estas razões, concluímos que as “condições e obrigações” consagradas na LdC correspondem a cláusulas modais.

Quando se consideram as condições e obrigações tipicamente impostas a empresas em sede de controlo de concentrações a nível da União Europeia, confirma-se que do que aqui se trata é efectivamente de cláusulas modais. Assim, a solução preferida pela Comissão é a alienação de activos subjacentes a actividades económicas das empresas notificantes de forma a possibilitar o surgimento de novos concorrentes<sup>31</sup>. Quando tal não seja possível, podem ser aceitáveis soluções como a resolução de contratos existentes<sup>32</sup> quando estes limitem o potencial de mercado disponível para os concorrentes ou, pelo contrário, a celebração de acordos com concorrentes quando os mesmos possam facilitar o acesso ao mercado (acesso a infra-estruturas ou acesso a direitos de propriedade industrial ou tecnologias)<sup>33</sup>.

A AdC, como, aliás, a generalidade das autoridades nacionais de concorrência dos restantes Estados-membros da UE, segue neste domínio de perto a prática administrativa da Comissão.

---

30 Mota Pinto, 2005: 585.

31 Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, JOUE n.º C267, 22.10.2008: 1, 15 e 22.

32 *Idem*: 67 e sgs.

33 *Idem*: 62 e sgs.

### 3. DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

No Direito da UE estabelece-se uma distinção entre condição e obrigação, sendo o Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas<sup>34</sup> mais claro do que a LdC no que respeita ao contorno das condições e obrigações apostas a uma decisão de não-oposição.

Afirma a Comissão<sup>35</sup>:

“Muito embora os compromissos devam ser propostos pelas partes, a Comissão assegura a aplicação dos compromissos, subordinando a autorização à sua plena observância. Cabe estabelecer uma distinção entre condições e obrigações. A exigência de concretização de uma mudança estrutural do mercado deve estar sujeita a condições como, por exemplo, a alienação de uma actividade. As medidas de execução necessárias para atingir este resultado constituem, em geral, obrigações impostas às partes, por exemplo, a nomeação de um administrador com o mandato irrevogável de proceder à venda dessa actividade.”

É sabido que a distinção entre as diferentes cláusulas acessórias previstas no art. 121.º do CPA nem sempre é fácil, principalmente entre o modo e a condição. Naturalmente, no âmbito do controlo de concentrações, a distinção entre o modo na modalidade de “condição” e o modo na modalidade de “obrigação” dependerá da forma como as cláusulas se apresentem redigidas em concreto pela AdC, sendo-lhe exigível grande cuidado e transparência no seu manuseamento, atentas as possíveis consequências jurídicas do seu incumprimento.

O modo incorporado numa “condição” deverá corresponder a um encargo cujo cumprimento constitua um pressuposto ou motivo essencial de uma decisão de não-oposição. É, em regra, o caso das “condições” ditas estruturais. Verificando-se o seu incumprimento, fica irremediavelmente afectado o equilíbrio de interesses encontrado pela AdC para proferir uma decisão favorável. Será, por exemplo, o caso de numa concentração horizontal ter sido imposta às empresas notificantes a “condição” de alienação dos activos subjacentes a uma área de negócio para evitar a criação de uma posição dominante. No caso de as empresas incumprirem e a concentração redundar na criação de

---

34 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOUE n.º L 24, 29.01.2004, pg. 1.

35 Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites: 19.

uma posição dominante, atentar-se-á frontalmente contra a manutenção da concorrência efectiva nos mercados relevantes.

Por seu lado, o modo incorporado numa “obrigação” deverá corresponder a um encargo cujo cumprimento, sendo embora importante, não atinge a importância decisiva correspondente a um pressuposto ou motivo de uma decisão de não-oposição. Isto significa que o seu incumprimento não coloca gravemente em causa o equilíbrio de interesses pela AdC para proferir uma decisão favorável. Na maioria das vezes as “obrigações” constituem encargos acessórios das “condições”.

Assim, por exemplo, se numa concentração horizontal tiver sido imposta às empresas notificantes a “condição” de alienação de uma área de negócio, terá que ter sido igualmente imposto um cronograma prevendo a data para a prática de cada um dos actos que conduzam à alienação da área de negócio em causa, os quais incluirão provavelmente a nomeação de um mandatário para fiscalizar a venda, a elaboração de relatórios de acompanhamento, etc. O mero atraso no cumprimento do cronograma definido, tal como a falta de entrega de um relatório de acompanhamento ou a ausência de nomeação de mandatário, representam inquestionavelmente o incumprimento de “obrigações”, mas não colocam em causa – por si só – a manutenção da concorrência efectiva.

A linha de demarcação entre uma “condição” e uma “obrigação” passa, pois, por saber se, antecipando o incumprimento do modo, a AdC teria proferido uma decisão de proibição em vez de uma decisão de não-oposição.

Uma segunda diferença entre “condição” e “obrigação” prende-se com as consequências jurídicas decorrentes do respectivo incumprimento, nomeadamente com a possibilidade de revogação da decisão de não-oposição.

#### **4. INCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES**

Entre o teor de uma decisão de não-oposição e o cumprimento do modo que a acompanhe sob forma de “condição” ou “obrigação” verifica-se um laço de dependência material. Importa averiguar qual a intensidade da dependência material entre o teor da decisão de não-oposição e o cumprimento do modo de forma poder aferir qual o grau de estabilidade da decisão de não-oposição acompanhada de “condições e obrigações”. Estas questões reconduzem-se, no seu essencial, a determinar quais as consequências jurídicas advenientes do incumprimento das cláusulas modais no quadro da LdC.

Cumprido, nomeadamente, indagar se se trata de uma dependência absoluta, com impacto na própria eficácia da decisão, ou meramente reflexa, com tra-

dução no modo como a AdC executa a decisão, através do recurso, designadamente, a mecanismos de sanção ou injunções.

No apuramento das intenções do legislador torna-se indispensável cotejar o regime nacional previsto na LdC com o regime vigente no Direito da União Europeia, matriz do Direito da Concorrência dos Estados-membros da UE da qual foram decalcadas a maioria das soluções aplicáveis no regime de controlo de concentrações em Portugal (bem como nos restantes Estados-membros).

#### 4.1. O regime da União Europeia

Saliente-se, desde logo, que o Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações<sup>36</sup> (“RCC” doravante) é mais claro do que a LdC no que respeita às consequências jurídicas resultantes do incumprimento de condições e obrigações. Assim, o n.º 3, alínea *b*), do art. 6.º do RCC determina inequivocamente que a Comissão pode *revogar* uma decisão de não-oposição quando as empresas em causa violarem uma obrigação que acompanhe uma decisão. Inexiste disposição correspondente na LdC, razão pela qual se suscitam dúvidas quanto ao alcance das figuras equivalentes consagradas no ordenamento nacional.

Afirma a Comissão<sup>37</sup>:

“Sempre que as empresas em causa infringjam uma obrigação, a Comissão pode revogar, por força do n.º 2 do artigo 6.º ou do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento das concentrações, as decisões de autorização tomadas, respectivamente, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º ou do n.º 6 do artigo 8.º do referido regulamento. Em caso de incumprimento de uma obrigação, podem ser igualmente aplicadas às partes coimas ou sanções pecuniárias compulsórias nos termos do n.º 2, alínea *d*), do artigo 14.º ou do n.º 1, alínea *c*), do artigo 15.º, respectivamente, do Regulamento das concentrações. Contudo, sempre que uma condição for infringida, por exemplo, uma actividade não é alienada no prazo previsto nos compromissos ou é posteriormente readquirida, a decisão de compatibilidade deixa de ser aplicável. Nestas circunstâncias, a Comissão pode, em primeiro lugar, adoptar medidas provisórias adequadas para manter condições de uma concorrência efectiva nos termos do n.º 5, alínea *b*), do artigo 8.º do Regulamento das concentrações. Em

<sup>36</sup> Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

<sup>37</sup> Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites: 20.

segundo lugar, caso estejam reunidas as condições previstas no n.º 4, alínea *b*), do artigo 8.º, pode ordenar a adopção de qualquer medida adequada para garantir que as empresas em causa procedam à dissolução da concentração ou tomar outras medidas para restabelecer a situação ou, em conformidade com o n.º 7 do artigo 8.º, tomar uma decisão ao abrigo dos n.ºs 1 a 3 deste artigo. Além disso, podem ser impostas coimas às partes, conforme previsto no n.º 2, alínea *c*), do artigo 14.º.”

A distinção efectuada no regime da UE entre “condição” e “obrigação” assenta, pois, no facto de o incumprimento de uma “obrigação” permitir à Comissão revogar a decisão enquanto o incumprimento de uma “condição” afecta automaticamente a própria subsistência da decisão, sem necessidade de intervenção da Comissão: a decisão *deixa de ser aplicável*. Por outras palavras, o mero incumprimento da “condição” faz cessar automaticamente a eficácia da decisão. Por seu lado, o incumprimento de uma “obrigação” não gera um efeito automático mas habilita a Comissão a praticar um acto revogatório da decisão de não-oposição.

#### 4.2. O regime português

Importa verificar então se, no ordenamento jurídico português, as cláusulas modais consagradas na LdC sob forma de “condições” e “obrigações” comportam uma diferenciação em termos de consequências jurídicas resultantes do respectivo incumprimento equivalente àquela que se verifica no Direito da União Europeia.

Considera-se geralmente que o modo não afecta directamente a eficácia do acto, só a podendo afectar eventualmente de forma indirecta. Por outras palavras, o incumprimento do modo não causa automaticamente a cessação dos efeitos do acto a que está acessoriamente aposto, dando somente origem à execução visando o respectivo cumprimento<sup>38</sup>. Só no caso de resultar impossível a execução é que a Administração poderá revogar o seu próprio acto<sup>39</sup>, havendo, porém, quem exija, para que tal seja possível, que a cláusula modal seja acompanhada de uma reserva de revogação<sup>40</sup>.

38 Neste sentido, Urbano Calvão, 1998: 72; Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 570.

39 Gomes Canotilho, 1993: 46, nota 69; Soares, 1978: 292.

40 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 570 e 560.



Considerando, por um lado, o enquadramento dogmático da figura do modo e, por outro, o tratamento que é dado às “condições” e “obrigações” no Direito da União Europeia, julgamos residir justamente na revogação da decisão de não-oposição uma das diferenças entre “condição” e “obrigação”, apesar de a LdC consabidamente não consagrar expressamente a possibilidade de revogação.

Concluimos já estarmos perante a figura do modo quer no caso da “condição”, quer no caso da “obrigação”. Alguma diferença, porém, há-de existir entre ambas as figuras, senão o legislador não as teria distinguido, nomeadamente quando, na alínea *b*) do art. 41.º da LdC, comina com a nulidade o incumprimento de uma “condição” mas nada diz relativamente à “obrigação”. Por outro lado, vimos igualmente que no regime da União Europeia a diferença entre ambas reside no facto de o incumprimento da “condição” fazer cessar automaticamente a eficácia da decisão de não-oposição, enquanto o incumprimento da “obrigação” habilita expressamente a Comissão a revogar a sua decisão.

### 4.3. O princípio da juricidade

Decorre do princípio da legalidade que a lei funciona como pressuposto e limite da actuação da Administração<sup>41</sup>. No entanto, não basta à Administração respeitar o “bloco de legalidade”<sup>42</sup>, não o violando: ela tem ainda que nele fundamentar os seus actos<sup>43</sup>, por isso se falando – mais do que em reserva de lei – em “reserva de norma jurídica”. Ou seja, o princípio da legalidade exige que toda a actuação concreta da Administração esteja prevista numa norma jurídica. Assim sendo, a revogação pela AdC de uma sua anterior decisão de não-oposição por incumprimento de uma cláusula modal que lhe tenha sido aposta necessita de uma norma habilitadora.

A reserva de lei – ou melhor, a reserva de norma jurídica – não equivale porém à ocupação pela lei de todo o espaço decisório, nem à consequente eliminação de toda a margem de discricionariedade da Administração. Pelo contrário: a lei reconhece que nalguns casos não tem (ou não deve ter) capacidade para determinar da melhor forma qual a consequência jurídica associada a determinada a situação e delega no critério do aplicador da lei a escolha

41 Freitas do Amaral, 2001: 42.

42 *Idem*: 48.

43 Sérvulo Correia, 2003: 286 e 287.

da solução mais adequada à situação concreta. Nisto consiste exactamente a discricionariedade de que dispõe a Administração, a qual nem por isso deixa de respeitar a reserva de lei desde que o seu exercício assente numa norma jurídica que fixe, pelo menos, aqueles dois momentos que, mesmo nos actos discricionários, são sempre vinculados: a competência e o fim (de interesse público)<sup>44</sup>.

A vinculação ao fim “constitui um elemento essencial da qualificação da discricionariedade como actuação no interior do Direito”<sup>45</sup> e é o que distingue a (admissível) discricionariedade da (inadmissível) arbitrariedade. Quando se verificam os pressupostos de facto ou de direito que revelam a existência do interesse público em causa, a Administração encontra-se investida de um poder-dever de agir: com efeito, a discricionariedade não é uma liberdade, é um poder-dever jurídico<sup>46</sup>.

No âmbito do poder discricionário, a lei pode deixar ao critério da Administração a escolha do meio mais idóneo para prosseguir o fim de interesse público tipificado<sup>47</sup> ou indicar, desde logo, as vias possíveis para a satisfação desse interesse, incluindo-se aqui entre os instrumentos ao dispor da Administração a prática de um acto precário. Em qualquer dos casos, a Administração está adstrita a escolher aquela solução que *in concreto*, ponderadas todas as directrizes legais, melhor sirva o interesse público determinado por lei<sup>48</sup>.

No domínio do controlo de concentrações, as normas habilitadoras da AdC para a prática de um acto que não seja dotado de estabilidade são o art. 121.º do CPA, que prevê a possibilidade de os actos administrativos serem sujeitos a um modo e, consoante os casos, o art. 35.º, n.º 3, ou o art. 37.º, n.º 2, da LdC, que prevêem a possibilidade de uma decisão de não-oposição ser acompanhada de “condições e obrigações”. A competência para a prática deste acto é atribuída pelo art. 17.º, n.º 1, alínea *b*), dos Estatutos da AdC ao Conselho, encontrando-se o fim de interesse público definido no arts. 12.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 35.º, n.ºs 1, alínea *c*), e 2, da LdC: a manutenção e desenvolvimento da concorrência efectiva no mercado nacional no interesse dos consu-

44 Freitas do Amaral, 2001: 77 e 78.

45 Sérvulo Correia, 2003: 329.

46 Freitas do Amaral, 2001: 82.

47 Situação caracterizada por maior margem de discricionariedade, na qual se coloca de modo mais premente a questão da admissibilidade do acto precário, Urbano Calvão, 1998: 158.

48 Vieira de Andrade, 1986: 46 e 47; Engisch, 1988: 220; Freitas do Amaral, 2001: 80 e 81.

midores intermédios e finais. A normação primária a este propósito respeita assim plenamente a reserva de lei.

Quando a análise levada a cabo pela AdC conclua pela insusceptibilidade de a operação notificada criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o regulador não dispõe de discricionariedade e está adstrito à prática de um acto vinculado, tendo que aprovar a operação (arts. 12.º, n.º 3, 35.º, n.º 1, alínea *b*), e 37.º, n.º 1, alínea *a*), da LdC). O mesmo se diga, mas em sentido inverso, se a conclusão for no sentido da susceptibilidade de a operação notificada criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Neste caso, a AdC está obrigada a proibir a operação, por força dos arts. 12.º, n.º 4, e 37.º, n.º 1, alínea *b*), da LdC.

No entanto, se perante a conclusão no sentido da susceptibilidade de a operação notificada criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, a AdC for confrontada com a oferta de “compromissos” pelas empresas notificantes (art. 35.º, n.º 3, da LdC) destinados a atenuar ou resolver os problemas concorrenciais detectados, abre-se um espaço de discricionariedade. Uma vez formulado um juízo (discricionário) sobre a adequação e credibilidade dos compromissos e caso este seja positivo, a AdC “pode” (v. o n.º 3 do art. 35.º da LdC) fazer acompanhar uma decisão de não-oposição de “condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos apresentados pelos autores da notificação”. O fim deste acto está claramente expresso no n.º 3 *in fine* do art. 35.º da LdC: “assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”.

Importa salientar, contudo, que a discricionariedade diz respeito ao juízo que à AdC compete formular quanto à adequação e credibilidade dos compromissos, não propriamente quanto ao sentido da decisão. Verificando-se os dois pressupostos de uma decisão de não-oposição acompanhada de “condições” e “obrigações” (identificação de problemas jusconcorrenciais que levariam à proibição da operação e apresentação de compromissos adequados e credíveis), a AdC fica investida do poder-dever de decidir favoravelmente. Com efeito, o “fim de interesse público é fixado através da indicação dos pressupostos, isto é, das situações ou circunstâncias de facto e de direito que indiciam a existência de uma necessidade pública, que indiciam, portanto, a

existência do interesse público tipificado. Quando a Administração conclui que os pressupostos se verificam em concreto, sabe que o legislador quer que ela actue: o administrador fica constituído no poder-dever de agir<sup>49</sup>. Assim, se a AdC concluir que os compromissos apresentados pelos autores da notificação são adequados e credíveis, entendemos que ela está vinculada a proferir uma decisão de não-oposição acompanhada de condições e obrigações, não podendo optar entre aprovar ou proibir a operação. Por duas razões: em primeiro lugar, tal é o resultado da vinculação ao fim do acto. Em segundo, é o que resulta do respeito pelo princípio da juridicidade.

A vinculação de qualquer acto, mesmo que discricionário, ao fim de interesse público definido por lei significa que a Administração está obrigada a escolher a solução que *in concreto* melhor sirva o interesse público determinado por lei. “A discricionariedade não dispensa, pois, o agente de procurar uma só solução para o caso: aquela que considere, fundadamente, a melhor do ponto de vista do interesse público”<sup>50</sup>.

Por outro lado, como já referimos, o respeito pelo princípio da juridicidade enquadra o acto administrativo no bloco de legalidade, sujeitando o aplicador da lei a *todas* as directrizes legais que ao caso caibam e não somente às que emanem de uma particular norma jurídica que preveja dada situação. Ora, no exercício do controlo de concentrações não está somente em causa o interesse público na manutenção de uma concorrência efectiva. Estão também em causa direitos fundamentais das empresas autoras da notificação, tutelados constitucionalmente através da liberdade de iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1, da CRP) e do direito de propriedade privada (art. 62.º, n.º 1, da CRP). Assim sendo, se a configuração da operação notificada permitir, com recurso à imposição de “condições” e “obrigações” que garantam o cumprimento dos compromissos, a manutenção de uma concorrência efectiva e, do mesmo passo, salvaguardar os direitos das empresas, é esta a decisão que a AdC está obrigada a tomar, autorizando a operação.

Ora, são exactamente as mesmas razões (fim de interesse público do acto e princípio da juridicidade) que, nas circunstâncias acima descritas, obrigam a AdC a proferir uma decisão de não-oposição acompanhada de “condições” e “obrigações” que – mais do que permitir – a obrigarão igualmente, fundada nas mesmas normas habilitadoras, a revogar tal decisão em caso de incum-

---

49 Urbano Calvão, 1998: 155.

50 Vieira de Andrade, 1986: 46.

primento de uma cláusula modal que corresponda a uma “condição”<sup>51</sup>, pelo menos quando tal circunstância coloque seriamente em crise o equilíbrio de interesses encontrado pela AdC para proferir uma decisão de não-oposição.

#### 4.4. O equilíbrio de interesses

Vimos já que o fim de interesse público que norteia a decisão da AdC é a manutenção da concorrência efectiva. A LdC coloca ao dispôr da AdC três meios possíveis de prosseguir tal fim no campo do controlo de concentrações (proibição, não-oposição ou não-oposição acompanhada de “condições e obrigações”) e determina, para cada um dos casos, os pressupostos e motivos que se devem verificar para a prática do respectivo acto. No caso de não-oposição acompanhada de “condições e obrigações”, os pressupostos são a identificação de problemas jusconcorrenciais que levariam à proibição da operação e apresentação de compromissos adequados e credíveis por parte dos autores da notificação. O motivo que subjaz à não-oposição é o sucesso da fórmula prognóstica encontrada em colaboração com os autores da notificação para equilibrar o interesse público na manutenção da concorrência efectiva com os direitos e interesses das empresas.

Quando se dá o incumprimento de uma “condição” ou “obrigação”, o equilíbrio de interesses encontrado para a tomada de decisão de não-oposição fica colocado em causa. Se a autorização concedida ficou “condicionada” ao cumprimento de um encargo e este não foi realizado<sup>52</sup>, o interesse público da manutenção da concorrência efectiva fica em crise e deixa de poder ser prosseguido através de uma decisão com tal sentido. No entanto, como é óbvio, este interesse público não desaparece, tal como não desaparece o poder-dever da AdC de actuar no sentido de garantir a sua prossecução. Surge então a necessidade de intervenção da AdC para, mediante um novo equilíbrio de interesses mas ao abrigo das mesmas normas habilitadoras em termos de fim e competência, assegurar que a concorrência efectiva é mantida. Com efeito, não é concebível que o legislador se conforme com a ideia de que uma empresa possa atentar incólumemente contra a concorrência através de acção ou omissão de sua própria responsabilidade. Tal seria negar não só toda a

---

51 Quanto à possibilidade e, mais do que possibilidade, à necessidade de admitir a revogação pela AdC de uma decisão acompanhada de condições, Mendes Pereira, 2009: 339 a 342.

52 Quanto à fiscalização e execução de condições e obrigações por mandatário indicado pelas empresas notificantes e designado pela AdC, Mendes Pereira, 2009: 368 e sgs.

filosofia preventiva que enforma o regime do controlo de concentrações como também a filosofia sancionatória inerente ao regime das práticas proibidas.

Ora, o que se verifica é que os meios *expressamente* previstos na LdC não se mostram adequados e suficientes para a reposição de um equilíbrio de interesses que assegure a manutenção da concorrência efectiva no caso em que haja lugar ao incumprimento de uma cláusula modal. Com efeito, nenhum deles coloca em causa a autorização concedida. Ainda que a AdC efective algum ou todos eles, a decisão de não-oposição mantém-se válida e eficaz e a operação de concentração subsiste. Trata-se de meios adequados e, porventura, suficientes para sancionar o incumprimento de uma “obrigação” mas claramente insuficientes para assegurar a prossecução do fim de interesse público na manutenção da concorrência efectiva no caso de incumprimento de uma “condição”.

É justamente porque a lei prevê a possibilidade de fazer acompanhar uma decisão de não-oposição de “condições”, subordinada ao fim de interesse público de manutenção da concorrência efectiva, que a revogação tem de ser admitida, sob pena de ser constitucionalmente inadmissível a própria possibilidade de autorizar uma operação sujeita a condições e não fazer sentido a distinção traçada pelo legislador entre “condições” e “obrigações”<sup>53</sup>.

## 5. REQUISITOS DAS CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

Caracterizámos já as “condições e obrigações” previstas nos arts. 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC como modos, cláusulas acessórias cujo regime obedece ao disposto no art. 121.º do CPA. Este preceito determina que o modo não pode ser “contrário à lei ou ao fim a que o acto se destina”.

### 5.1. Adequação e necessidade

A legalidade da “condição/obrigação” passa pela sua adequação ao interesse público específico prosseguido pelo acto principal (decisão de não-oposição) e não somente pela sua não-contrariedade a tal interesse: “ a exigência legal de (mera) compatibilidade da cláusula acessória com o fim a que o acto se destina não pode ser entendida como a permissão para que os órgãos administrativos realizem, através da sua oposição num acto administrativo – no exercício da sua competência acessória, digamos assim – qualquer interesse

---

53 Quanto aos requisitos do acto de revogação de uma decisão de não-oposição e à eficácia do acto revogatório, Mendes Pereira, 2009: 352 e sgs.

ou fim público desde que compatível com aquele a cuja prossecução se destina a competência principal. Caso contrário, teríamos – julga-se que pela primeira vez – um poder discricionário conferido não para a prossecução de um determinado fim legal, mas para a prossecução de qualquer fim (que não fosse incompatível com o legal). (...) Ou seja, para aplicar uma norma como o art. 121.º, é necessário que esteja em causa o próprio fim (ou competência) a que aquele acto (ou norma de competência respectiva) estavam votados (...)”<sup>54</sup>.

A cláusula acessória tem, pois, que prosseguir o interesse público específico e tipificado na norma que prevê o fim do acto principal<sup>55</sup>. No caso dos arts. 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC, trata-se da manutenção de uma concorrência efectiva.

A exigência da não-contrariedade de uma “condição” ao fim da decisão de não-oposição constitui uma garantia de que a AdC não aproveita o ensejo de um procedimento de controlo de concentrações para regular os mercados relevantes através de meios que extravasam o fim prosseguido pelos arts. 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC, impondo às empresas autoras da notificação o cumprimento de cláusulas modais que não seriam exigíveis para a manutenção de uma concorrência efectiva face à *configuração concreta do projecto de operação notificado*. É frequente em procedimentos deste tipo as autoridades de concorrência deixarem-se seduzir pela tentação de impor um vasto conjunto de “condições” mais próprias da regulação sectorial do que da defesa da concorrência, principalmente em sectores caracterizados por falhas de mercado. O facto de as empresas notificantes se encontrarem pressionadas pelo tempo e numa posição negocial frágil perante a autoridade de concorrência (tendo que gerir as expectativas de accionistas, trabalhadores, clientes, fornecedores e mercados financeiros no decurso de uma operação que, sendo pública, se encontra suspensa e é de desfecho incerto) facilita a predisposição das empresas para aceitarem tais condições.

Até pode dar-se o caso de tais “condições” extravagantes promoverem a concorrência ou dotarem o mercado de condições concorrenciais ideais e serem assim compatíveis com “o fim a que o acto se destina”. Mas tal não basta para assegurar a sua legalidade, pois essa não é a questão. O que está em causa é saber, antes de mais, se a operação notificada não ultrapassa a

54 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 573.

55 Neste sentido, Urbano Calvão, 1998: 182.

linha da “susceptibilidade da criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência”. Se ultrapassa, então trata-se de saber quais as “condições e obrigações” adequadas e necessárias para que tal linha não seja ultrapassada e a operação possa ser aprovada. Uma vez preenchidos os requisitos da *adequação e necessidade*, a operação deve ser aprovada. Qualquer outra “condição” que venha a ser imposta para além das que se mostrem necessárias para garantir a “manutenção de uma concorrência efectiva” deve reputar-se de ilegal, pois então a cláusula acessória estará a prosseguir um qualquer outro fim (ainda que de interesse público) que não corresponde àquele específico e tipificado nos arts. 12.º, n.ºs 3 e 4, 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC.

## 5.2. Suficiência e exequibilidade

Pode dar-se ainda o caso inverso daquele acima retratado, ou seja, o de uma decisão de não-oposição acompanhada de “condições e obrigações” que não se mostrem suficientes para garantir a manutenção de uma concorrência efectiva ou não se mostrem exequíveis. Aqui já não estarão em causa os requisitos da *adequação e necessidade* mas sim os da *suficiência e exequibilidade*.

A ilegalidade que afecta uma cláusula acessória nesta circunstância pode ter um de dois fundamentos. Comprovando-se que o fim (de interesse público) prosseguido é diverso daquele preconizado pela LdC, aplicam-se as considerações anteriormente tecidas, com a diferença de que neste caso já não é só a cláusula acessória que se encontra ferida de ilegalidade mas também o próprio acto principal, ou seja, a decisão de não-oposição, já que se as “condições e obrigações” se mostram insuficientes ou inexecutáveis, a decisão da AdC deveria ter sido no sentido da proibição e a não-oposição mostrar-se-á necessariamente falha de fundamento legal. Mas pode também suceder que a insuficiência ou inexecutabilidade das “condições” impostas a uma decisão de não-oposição resulte de falhas na análise levada a cabo pela AdC ou da prossecução de interesses que não possam ser identificados com o interesse público. Neste caso, já não se tratará de contrariedade ao fim a que o acto se destina mas sim de contrariedade à lei.

Com efeito, o art. 121.º do CPA subordina a possibilidade da imposição de cláusulas acessórias à exigência não só de que estas não sejam contrárias ao fim a que o acto se destina mas igualmente de que as mesmas não sejam “contrárias à lei”.



A não-contrariedade à lei da cláusula acessória deve ser entendida “amplamente, implicando a ilegalidade de qualquer cláusula que afecte (reduzindo-os ou ampliando-os) momentos ou elementos vinculados da conduta administrativa ou direitos e posições jurídicas conferidos sem reserva a particulares”<sup>56</sup>. Assim, se a lei prevê a prática de certo acto de forma vinculada quando se verifiquem determinados pressupostos de facto ou de direito, não pode a Administração, através da imposição de cláusulas acessórias, configurar consequências diversas das preconizadas pelo legislador.

Se determinada operação de concentração não suscita reais problemas de concorrência (ou seja, se não falha no teste substantivo formulado pela lei para aferir da aprovação ou proibição da operação), a AdC encontra-se obrigada a proferir uma decisão de não-oposição incondicional: trata-se de um acto vinculado e definitivo, não podendo a AdC, no uso de poder discricionário, vir a introduzir no acto um qualquer elemento de precariedade através da sua subordinação a “condições e obrigações”. Se o fizer, a AdC estará, para além do mais, a descaracterizar a tipicidade legal do acto no que toca aos seus efeitos, dado que estará a dotar de precariedade uma decisão que o legislador, mediante a verificação de determinados pressupostos, concebeu como definitiva.

A obediência ao princípio da legalidade faz com que a actuação da AdC esteja balizada pelos “parâmetros mínimos de tipicidade” do acto que, no fundo, o permitem identificar, nomeadamente no que respeita aos seus efeitos, e que permitem evitar a arbitrariedade administrativa. Mesmo “quando a lei concede discricionariedade quanto ao “quid”, isto é, aos efeitos de direito a produzir pelo acto administrativo, subsiste sempre, sobre a configuração de tais efeitos, um limite geral designado por “altro provvedimento”: ao escolher os efeitos, o órgão não dispõe de liberdade para emitir um acto de tipo diferente daquele que corresponde ao poder concedido pelo legislador”<sup>57</sup>.

O mesmo problema se suscita perante a insuficiência de “condições” impostas a uma decisão de não-oposição que resulte de falhas na análise levada a cabo pela AdC ou da prossecução de interesses que não possam ser identificados com o interesse público. Neste caso, a perversão da tipicidade legal no que respeita aos efeitos da decisão materializa-se através da atribuição ao acto de um efeito autorizativo (ainda que precário) quando o que deveria suceder

---

56 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 572.

57 Sérvulo Correia, 2003: 317.

seria a atribuição de um efeito proibitivo (definitivo), através de uma decisão de proibição. A consequência é a mesma que atrás apontámos a propósito da insuficiência de “condições” resultante da prossecução de um fim diferente daquele especificado na lei: não é só a cláusula acessória que se encontra ferida de ilegalidade, mas também o próprio acto principal, ou seja, a decisão de não-oposição, já que se as “condições e obrigações” se mostram insuficientes, a decisão da AdC deveria então ter sido no sentido da proibição e a não-oposição mostrar-se-á necessariamente destituída de fundamento legal.

### 5.3. Preservação da tipicidade dos efeitos

A necessidade de, para respeitar o princípio da legalidade, garantir que a introdução de precariedade numa decisão de não-oposição através da imposição de “condições” não descaracteriza a tipicidade dos seus efeitos, implica uma análise casuística. Importa, assim, verificar se os eventos que, em concreto, resultarão tipicamente de uma autorização (não-oposição) são susceptíveis de ser (eventualmente) eliminados ulteriormente através de um acto de revogação<sup>58</sup>, caso se verifique o incumprimento de uma “condição”. Se, pela sua natureza, os efeitos de tais eventos não puderem ser (eventualmente) eliminados, então não pode ser aposta uma “condição” à decisão de não-oposição, sob pena de violação do princípio da legalidade. É que certos actos, uma vez praticados, não são susceptíveis de ver os seus efeitos destruídos. Pela sua natureza (ou até em virtude do regime legal que lhes é aplicável), trata-se de actos que exigem uma estabilidade jurídica que é incompatível com a precariedade resultante da aposição de uma “condição” a uma autorização.

Assim, por exemplo, se a concentração notificada implicar, uma vez autorizada, uma operação em Bolsa de Valores destinada a efectivar a aquisição de controlo da empresa-alvo que, em virtude do regime legal aplicável, só admita a sua realização a título definitivo e não condicional, a concentração não pode ser autorizada a título precário por via de uma decisão de não-oposição subordinada ao cumprimento de “condições”. Se num tal caso se vier a verificar o incumprimento de uma “condição”, não existe forma de reverter o processo e a AdC encontrar-se-á impedida de dar cabal satisfação ao comando legal no sentido de assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva. Ou imagine-se ainda o cenário em que se notifica a aquisição de controlo de uma empresa encarregada de um serviço de interesse económico geral no âmbito

---

<sup>58</sup> Urbano Calvão, 1998: 185.

de uma concessão que implique a gestão de uma infra-estrutura essencial. A revogação ulterior da decisão de não-oposição em resultado do incumprimento de uma “condição” pode gerar uma instabilidade insuportável face ao interesse público na prestação do serviço em causa.

Poder-se-ia argumentar que a própria LdC, no seu art. 41.º, alínea *b)*, resolve o problema sem contemplações ao cominar com a nulidade os negócios jurídicos realizados em desrespeito de “condições” impostas a uma concentração. Mas parece não ser de aceitar tal solução quando a declaração de nulidade redunde em graves prejuízos não para as empresas autoras da notificação a quem o incumprimento das “condições” seja imputável mas sim para terceiros de boa-fé, como sejam, nos exemplos atrás delineados, os investidores que tenham vendido ou comprado ações em Bolsa ou os utentes de um serviço classificado como sendo de interesse económico geral.

Neste tipo de casos, ou as autoras da notificação logram, em colaboração com a AdC, reconfigurar a operação de molde a tornar dispensável a imposição de “condições” ou então a AdC deverá proibir a concentração, se for claro que a precariedade de uma decisão favorável sujeita a “condições” é incompatível com a estabilidade jurídica exigida pela tipicidade dos efeitos decorrentes de uma decisão de não-oposição.

#### **5.4. Limites temporais**

Atenta a dimensão económica de qualquer operação de concentração obrigatoriamente notificável em resultado dos limiares financeiros ou de quota de mercado previstos no art. 9.º, n.º 1, da LdC, sempre a revogação de uma decisão de não-oposição em consequência do incumprimento de uma “condição” provocará um certo grau de indesejável instabilidade. Neste sentido, toda a situação decorrente de uma autorização exige estabilidade jurídica e, assim sendo, quase poderíamos afirmar que a imposição de “condições” cujo cumprimento se protele no tempo sempre atenta contra a tipicidade dos efeitos de uma decisão de não-oposição. Sabemos, porém, que, realisticamente, as “condições” que acompanham uma tal decisão podem corresponder a uma aceitável solução de compromisso que acaba por ser mais favorável para as empresas do que a pura e simples proibição da operação.

Esta constatação não prejudica, contudo, a conveniência de as “condições” impostas pela AdC serem estritamente limitadas no tempo, sendo o respectivo prazo de execução o mais curto possível e a execução o mais próxima possível do momento da emanção da própria decisão de não-oposição.

Desta forma, caso se constate o incumprimento da “condição” e tenha que sobrevir um ulterior acto de revogação, este ocorrerá o mais próximo possível em termos temporais da decisão de não-oposição, permitindo que seja posto termo tão rapidamente quanto possível à instabilidade trazida à ordem jurídica pela eliminação dos efeitos de um acto que gozava de uma aparência de estabilidade.

### 5.5. Fundamentação

Em acréscimo aos requisitos acima enumerados, consideramos, com Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim<sup>59</sup>, que “a própria oposição da cláusula acessória (ou esta mesmo, se se preferir) tem que ser fundamentada, ainda que o preceito [art. 121.º do CPA] não o esclareça (...), para além de a cláusula acessória dever ser proporcionada<sup>60</sup> – aos motivos que a ditaram, aos fins que com ela se visam prosseguir –, igual – às que em caso similar têm sido apostas – e imparcial – pensada em função de todos os interesses juridicamente legítimos (e só deles) reflectidos no caso concreto. Outro requisito não mencionado na lei, quanto à aponibilidade destas cláusulas, é o de deverem elas constar do próprio acto a que respeitam (...)” e ainda a necessidade de os factos determinantes da oposição da cláusula constarem da notificação prevista no art. 101.º, n.º 2, do CPA e art. 38.º, n.º 1, da LdC para efeitos da audiência de interessados.

Em conclusão, para que uma “condição” aposta a uma decisão de não-oposição seja legal, ela tem que ser adequada, necessária, suficiente, exequível, fundamentada, não-discriminatória, imparcial, não perverter a tipicidade dos efeitos da decisão a que é aposta e constar da própria decisão, devendo ainda os factos determinantes da sua oposição constarem da notificação efectuada para efeitos da audiência de interessados.

### 5.6. Consequências da ilegalidade

Remanesce a questão de saber qual a consequência da oposição de uma “condição” ilegal, suscitando-se a dúvida sobre se o vício extravasará para a própria decisão de não-oposição, invalidando-a, ou se só a própria “condição” se deverá considerar afectada, deixando a decisão subsistir.

59 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 572.

60 A proporcionalidade engloba os critérios que acima analisámos sob o prisma da necessidade, adequação e suficiência.

O critério determinante será o da possibilidade legal de a decisão de não-oposição subsistir desacompanhada da “condição”<sup>61</sup>. Assim, se a causa do vício for a insuficiência ou inexecutabilidade<sup>62</sup> da “condição”, a decisão não pode subsistir sem ela e a ilegalidade afecta irremediavelmente a própria decisão. Se, diversamente, a causa residir na ausência de necessidade ou adequação da “condição”, então só esta última se deverá considerar afectada, sobrevivendo-lhe a decisão.

Nos outros casos de vícios substanciais (discriminação ou parcialidade), a questão reconduz-se ao mesmo critério. Sendo certo que nestas circunstâncias a “condição” se mostrará inevitavelmente afectada, importará determinar caso a caso se a decisão de não-oposição pode sem ela subsistir.

Já no caso de vícios formais (falta de fundamentação, ausência da “condição” no próprio acto ou omissão dos factos determinantes da sua aposição da notificação efectuada para efeitos da audiência de interessados), haverá que averiguar se o vício apresenta de facto natureza exclusivamente formal e se, nessa medida, o acto é reformável nos termos dos arts. 137.º e 141.º do CPA, ou se o vício formal esconde algum outro de carácter substancial, caso em que se aplicam as considerações acima tecidas acerca dos vícios substanciais.

## 6. FUNÇÃO E NATUREZA DOS “COMPROMISSOS”

### 6.1. Função

O n.º 2 do art. 35.º da LdC prevê a possibilidade de uma decisão de não-oposição ser tomada “na sequência de alterações introduzidas pelos autores da notificação” e o n.º 3 determina que as “condições e obrigações” se destinam “a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”. A nível da UE, o Tribunal Geral estabeleceu, no acórdão *Gencor*<sup>63</sup>, o princípio de que o objectivo básico dos compromissos consiste em assegurar estruturas de mercado concorrenciais.

61 Em sentido que não se afasta do que aqui preconizamos, Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 573 e 574, que recorrem ao critério da *vontade hipotética* do autor do acto.

62 À inexecutabilidade deverão ser assimilados os casos em que a “condição” redunde na descaracterização da tipicidade dos efeitos da decisão de não-oposição.

63 TPI, ac. *Gencor Ltd. c Comissão*, proc. n.º T-102/96, Col. 1999, pg. II-753, p. 316. O Tratado de Lisboa alterou a designação de Tribunal de Primeira Instância para Tribunal Geral.

Os “compromissos” correspondem à expressão da vontade das partes no quadro de uma negociação fáctica levada a cabo com a AdC visando a introdução de alterações na operação tal como originalmente notificada, de forma a resolver os problemas concorrenciais que tenham sido identificados e que não permitiriam a sua aprovação<sup>64</sup>. A relevância dos compromissos é somente fáctica, não é jurídica. Relevância jurídica apresenta exclusivamente a decisão da AdC e essa é um acto unilateral e autoritário. Com isto não se quer dizer que os compromissos assumidos pelas partes perante a AdC não tenham importância. Têm-na, mas tão só na medida em que, materializando a posição final das partes no culminar de um processo fáctico de negociação com a AdC, permitem a esta praticar um acto unilateral na certeza da sua aceitação pelas partes, garantindo-se assim a “paz jurídica”. O vínculo *jurídico* entre a AdC e as partes é estabelecido exclusivamente pela decisão unilateral da AdC e pelas “condições e obrigações” que a acompanhem.

Assim sendo, o desrespeito pelas partes de um compromisso assumido perante a AdC que não se tenha convolado numa condição ou obrigação aposta à respectiva decisão da AdC é juridicamente irrelevante e não pode, por isso, comportar qualquer consequência (jurídica).

Perguntar-se-á, naturalmente, qual é então o sentido de a lei consagrar formalmente a figura dos compromissos? A resposta a esta questão reside na função das condições e obrigações.

Concluimos acima que as condições e obrigações correspondem funcionalmente a um pressuposto de direito cujo preenchimento se mostra necessário para que a AdC possa proferir uma decisão de não-oposição, preenchimento esse caracterizado pela liberdade de escolha das partes na sua configuração e por uma ampla margem de discricionariedade da AdC na sua apreciação<sup>65</sup>. Recorde-se que esta via suplementar facultada pela lei para permitir atender a pretensão das partes no sentido de verem o seu projecto de concentração autorizado pela AdC se contrapõe ao cenário no qual a AdC pura e simplesmente proíbe a operação. Compromissos, condições e obrigações só ganham sentido num contexto em que a AdC não encontra reunidos no projecto de concentração que lhe foi originalmente notificado os pressupostos necessários à tomada de uma decisão favorável e se prepara, em consonância, para

---

64 Quanto ao possível teor dos compromissos (bem como das condições e obrigações), Mendes Pereira, 2009: 362 e sgs.

65 V. *supra* ponto 1.

proibir a operação. Por outras palavras, a lei faculta às partes a possibilidade de, mediante alterações introduzidas no projecto original sob forma de compromissos assumidos perante a AdC, poderem aspirar a uma decisão favorável, em vez de se confrontarem com uma linear proibição.

Neste quadro, a consagração legal dos “compromissos” tem um duplo propósito.

Em primeiro lugar, indica a carga de quem fica a iniciativa de desencadear a “terceira via” conducente ao desfecho do procedimento: das empresas autoras da notificação. A lei consagra como regra a tramitação linear do procedimento assente sobre a notificação do projecto original de concentração que culmina com uma aprovação ou proibição. A tramitação não-linear fica dependente de as partes apresentarem compromissos que podem ou não conduzir a uma decisão favorável. O ponto a reter é que a *possibilidade* de uma decisão favorável fica dependente da iniciativa por parte das empresas notificantes de apresentarem compromissos.

Daqui decorrem duas conclusões. A primeira é que a AdC não pode desencadear esta terceira via oficiosamente, só podendo ela ser percorrida por iniciativa das autoras da notificação. A segunda é que a AdC não pode fazer acompanhar uma decisão de “condições e obrigações” se as mesmas não resultarem de compromissos apresentados previamente pelas notificantes. Com efeito, por força do princípio da legalidade, não se verificando a apresentação de compromissos pelas empresas, a AdC deve linearmente proibir a operação (se para tanto dispuser de fundamento) ou aprová-la.

Em segundo lugar, a consagração dos compromissos indica qual a forma de expressão de vontade das partes que se deve verificar para que a AdC considere a abertura desta terceira via não-linear para chegar ao fim do procedimento: tem que se tratar de promessas unilaterais assumidas voluntariamente pelas partes. Não bastam declarações de intenção: o mínimo exigido é que as partes efectuem unilateralmente uma promessa auto-vinculativa.

A consagração da figura dos compromissos fornece assim a metodologia a seguir na tramitação não-linear do procedimento de controlo de concentrações. Ao fazê-lo, fornece simultaneamente à AdC o fundamento jurídico para aceitar uma negociação fáctica com as partes notificantes, por estas desencadeada, como elemento integrante do procedimento. E deste modo indica claramente que a decisão final a tomar pela AdC é caracterizada por uma ampla margem discricionariedade.

## 6.2. Natureza jurídica

Uma vez clarificada a função dos compromissos, torna-se possível afirmar que a sua natureza jurídica é a de um pressuposto para a prática, pela AdC, de um acto materializando uma decisão de não oposição acompanhada de condições e obrigações.

Em comum com as “condições e obrigações”, os compromissos apresentam a natureza de um pressuposto procedimental. As diferenças consistem na circunstância de, por um lado, enquanto aquelas correspondem a pressupostos de direito, os compromissos correspondem a pressupostos de facto. Por outro, os compromissos funcionam como pressuposto para a aposição de “condições e obrigações” a uma decisão de não-oposição, enquanto que as “condições e obrigações” funcionam como pressuposto para a emanção da própria decisão de não-oposição.

No âmbito do controlo prévio de concentrações previsto pela LdC, um compromisso corresponde, pois, a um pressuposto de facto para a adopção pela AdC de uma decisão de não-oposição acompanhada de condições e obrigações.

## 7. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO ACOMPANHADA DE CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

O procedimento de controlo de concentrações tem por fim assegurar a manutenção da concorrência efectiva num cenário pós-concentração, sujeitando a realização de um negócio jurídico entre duas empresas a um acto administrativo de autorização praticado pela AdC à luz dos critérios definidos no art. 12.º da LdC e tendo como parâmetro decisório o teste substantivo consagrado na lei<sup>66</sup>. Trata-se de um exercício prospectivo que, assente num juízo de prognose, procura antecipar o desenvolvimento do contexto concorrencial nos mercados relevantes à luz do projecto de concentração notificado e do teor da decisão que sobre ele a AdC tome.

A aposição de condições e obrigações a uma decisão de não-oposição traz a convicção da AdC de que, na ausência daquelas, se torna impossível garantir a manutenção da concorrência efectiva. Ao evitar a proibição e ao optar pela não-oposição, a AdC promove as condições e obrigações ao estatuto de pilares do juízo prognóstico que efectua sobre a operação. O teor

---

66 Na actual versão da lei: a susceptibilidade de criação ou reforço de uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva.



de uma decisão de não-oposição acompanhada da imposição de condições e obrigações será, pois, moldado pela previsão que efectue a AdC acerca do impacto dessa mesma decisão sobre o contexto concorrencial, na convicção objectiva de que a decisão consubstanciará uma “selffulfilling prophecy”.

Mostrando-se cumpridas as condições e obrigações e realizando-se a “profecia”, tal significará que o quadro factual evoluiu no sentido previsto e que o mesmo se adequa à regulação preconizada na decisão, não se impondo qualquer outra intervenção por parte da AdC. Diversamente, se não se mostrarem cumpridas as condições e obrigações e, portanto, não se mostrar – pelo menos, nesta parte – concretizada a “profecia”, poderá ser logicamente necessária uma intervenção subsequente da AdC que altere a regulação do quadro factual através de uma modificação do teor da decisão.

O grau de profundidade de tal intervenção subsequente da AdC implica uma distinção quanto à natureza jurídica da decisão acompanhada de condições e obrigações consoante exista ou não a possibilidade de revogação da decisão de não-oposição<sup>67</sup>. Concluimos já que a “condição” corresponde a uma cláusula modal cujo incumprimento pode dar lugar à revogação da decisão de não-oposição, enquanto a “obrigação” consiste numa cláusula modal cujo incumprimento dá somente lugar à aplicação dos mecanismos previstos na LdC tendentes a garantir o respectivo cumprimento. Tendo presente esta distinção, analisaremos separadamente a decisão de não-oposição conforme esta seja acompanhada por “condições” ou “obrigações”.

### 7.1. Decisão acompanhada de condições

A decisão da AdC de não-oposição acompanhada de condições apresenta as características da figura que a doutrina qualifica como *actos* (administrativos) *precários*, ou seja, aqueles que “criam situações jurídicas a todo o tempo modificáveis pela vontade da Administração”, subsistindo os poderes jurídicos do destinatário “unicamente por tolerância do órgão administrativo competente para extingui-los”<sup>68</sup>.

A maioria da doutrina portuguesa tende a encarar o acto precário como um acto administrativo *sui generis*, caracterizado pelo facto de a sua precariedade resultar da concordância do próprio interessado com a eventual revogação subsequente do acto de que foi destinatário ou da oposição ao acto pela

67 V. *supra*.

68 Caetano, 1980: 457.

Administração de uma reserva de revogação<sup>69</sup>. Urbano Calvão assimila o acto precário ao acto administrativo a que foi aposta uma condição resolutiva<sup>70</sup>.

Independentemente da configuração conceptual detalhada que se lhe pretenda atribuir, existe um elemento que é consensual na caracterização do acto precário: a instabilidade (isto é, a *precariedade*) da sua subsistência na ordem jurídica, ou, por outras palavras, a “incerteza sobre a evolução da situação jurídica e material que serve de base à regulação por ele fixada”, a qual “pode levar a que a entidade administrativa entenda que um outro conteúdo regulador é o mais adequado à prossecução do interesse público, justificando-se, assim, a precariedade da sua eficácia, ou seja, o facto de a administração poder decidir substituí-lo por um acto administrativo ulterior de conteúdo diferente”<sup>71</sup>.

Esta é a pedra de toque da distinção entre o acto precário e o acto provisório: a possibilidade (mas não a obrigação) de a Administração praticar um acto ulterior. Enquanto que no acto provisório a prática de um acto ulterior é imperativa, sendo esse o elemento que constitui a sua provisoriedade, no acto precário o acto ulterior pode ou não ter lugar, segundo o juízo a efectuar da Administração, sendo esse o elemento que leva à sua precariedade<sup>72</sup>.

Os actos precários surgem como uma alternativa adequada “ao indeferimento (...) dos actos administrativos ou como uma solução intermédia, de acordo com a qual a Administração emana o acto requerido, mas apondo-lhe certa cláusula acessória: no fundo, ao “não” puro e simples substitui-se o “sim, mas”. Por outro lado, garantem também uma adaptação à evolução da situação material e das necessidades colectivas, sem necessidade de um novo procedimento administrativo, contribuindo, por isso, para uma maior rapidez da actuação administrativa. De ambas as formas a Administração atende aos múltiplos aspectos da realidade, dando azo a decisões flexíveis e adequáveis ao interesse público, e ainda capazes de corresponder a uma solução justa para o caso concreto. Repare-se que esta flexibilidade é do interesse dos cidadãos, pois permite-lhes, muitas vezes, ir gozando de certas vantagens (ou posições jurídicas) que, de outra forma, lhes seriam recusadas *ab initio*, por não estarem preenchidos os requisitos necessários para o efeito. Deste modo, pode

---

69 Caetano, 1980: 542; Sérvulo Correia, 1982: 501; Robin de Andrade, 1985: 101, 167, 178 e 179.

70 Urbano Calvão, 1998: 105.

71 *Idem*: 67.

72 Assim, Urbano Calvão, 1998: 37.

alcançar-se o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, através da concretização do princípio da proporcionalidade.”<sup>73</sup>

Constata-se, assim, que a decisão de não-oposição acompanhada de condições corresponde, no essencial, aos desígnios do acto precário. Apurada durante a instrução a existência de problemas jusconcorrenciais no projecto de concentração notificado que podem impedir a respectiva aprovação, as empresas notificantes defrontam-se com uma escolha: a (possível) proibição da operação (indeferimento do pedido de autorização) ou a assunção de compromissos perante a AdC que abrem o caminho para que esta possa tomar uma decisão de não-oposição (deferimento do pedido de autorização), ainda que sujeita a condições e obrigações. Mediante cedências das empresas, materializadas em alterações introduzidas ao projecto inicialmente notificado (ou até, em casos patentemente problemáticos, mediante compromissos assumidos *ab initio*), ao puro e simples “não” da AdC pode então substituir-se um “sim, mas”.

A precariedade do acto é um preço que as empresas se disponibilizam a “pagar” (não esqueçamos que as condições e obrigações só podem nascer de compromissos voluntariamente apresentados pelas partes) pela antecipação do gozo das posições jurídicas advenientes da tomada ou alteração de controlo de outras empresas, estando conscientes de que a AdC irá acompanhar a evolução do contexto concorrencial em que se movem as empresas em causa, o impacto efectivo da operação sobre esse mesmo contexto e o respeito pelas condições e obrigações impostas. Verificando-se o incumprimento destas últimas, as empresas sabem que a AdC pode intervir e modificar o conteúdo regulador da decisão de não-oposição.

É um modo de actuação que conjuga satisfatoriamente, do lado das empresas, o exercício da iniciativa privada e a garantia da propriedade privada, consagradas nos arts. 61.º, n.º 1, 62.º, n.º 1, e 80.º, alíneas *b*) e *c*), da CRP, e, pelo lado da AdC, a prossecução do interesse público na defesa do consumidor, na promoção do bem-estar económico e na manutenção de uma concorrência efectiva, consagrado, respectivamente, nos arts. 60.º, n.º 1, e 81.º, alíneas *a*) e *f*), da CRP e art. 35.º, n.º 3 *in fine*, da LdC. É, ainda, um modo de actuação consentâneo com a intensa dinâmica da vida económica em geral e da vida empresarial, em particular, circunstância que, aliás, justifica, nos termos dos arts. 34.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da LdC, os prazos de decisão relativamente

<sup>73</sup> *Idem*: 65 e 66, e doutrina aí citada.

curtos de que dispõe a própria AdC em sede de procedimento de controlo de concentrações. Com efeito, uma operação de concentração apresenta um enorme impacto potencial na vida não só das próprias empresas envolvidas, mas também na dos seus funcionários, fornecedores, clientes e concorrentes, bem como na estrutura dos próprios mercados relevantes e da economia nacional.

A flexibilidade inerente a este tipo de decisão permite, assim, às empresas a prossecução das estratégias de concentração que considerem adequadas ao seu posicionamento numa economia de mercado, sem que tal signifique nem o desaparecimento da garantia proporcionada pelo Estado (*lato sensu*) no sentido da manutenção de uma concorrência efectiva (também ela essencial ao bom funcionamento de uma economia de mercado), nem a adopção de mecanismos de fiscalização pública que, pela sua morosidade, asfixiem ou entorpeçam a iniciativa empresarial.

Esta flexibilidade é ainda uma forma de o Estado materializar o incentivo à actividade empresarial inscrito no art. 86.º, n.º 1, da CRP, contrariando assim a força meramente programática desta disposição constitucional. Com efeito, ao consagrar a possibilidade da prática de actos precários em matéria de controlo de concentrações, o legislador abre uma via paralela àquela outra mais expedita e (juridicamente) mais segura da pura e simples proibição, obrigando a AdC a acompanhar a evolução das empresas que sejam parte na operação e dos mercados onde actuem após a decisão, incumbindo-a do dever de eventualmente intervir *a posteriori* relativamente à mesma operação e fazendo-a partilhar – com as próprias empresas – o risco regulatório inerente à supervisão da concorrência, na medida em que quer a decisão de não-oposição, quer os actos ulteriores que relativamente a esta sejam praticados, são judicialmente sindicáveis pelas partes na operação e por terceiros interessados.

## 7.2. Decisão acompanhada de obrigações

Concluimos acima que a decisão acompanhada de “condições” corresponde a um acto administrativo precário, consistindo a sua precariedade na possibilidade de a AdC revogar a decisão no caso de incumprimento de alguma “condição”. Ora, na medida em que o incumprimento de uma “obrigação” não habilita – como vimos – a AdC a revogar a decisão de não-oposição, forçoso é concluir então que a decisão acompanhada somente de “obrigações” corresponde a um acto administrativo tradicional, caracterizado pela estabilidade.

**BIBLIOGRAFIA**

- ANDRADE, Manuel de  
1972 *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra.
- CAETANO, Marcello  
1980 *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da  
1931 *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, Coimbra.
- ENGISCH, Karl  
1988 *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Gulbenkian.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, COSTA GONÇALVES, Pedro & PACHECO DE AMORIM, João  
2006 *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo  
2001 *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra: Almedina.
- GALVÃO TELES, Miguel  
1987 “Condição”, in Enciclopédia Verbo, V.
- GOMES CANOTILHO, José  
1993 “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXIX.
- MENDES PEREIRA, Miguel  
2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, António  
2005 *Direito Civil Português*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da  
2005 *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- PAES DE VASCONCELOS, Pedro  
2005 *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- PINTO COELHO, José Gabriel  
1909 *Das cláusulas accessórias dos negócios jurídicos*, I, Coimbra.
- PRATA, Ana  
2006 “Condição”, in Dicionário Jurídico, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- ROBIN DE ANDRADE, José  
1985 *A revogação dos actos administrativos*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel  
1982 *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa.

2003 *Legalidade e Autonomia Contratual*, Coimbra: Almedina.

SOARES, Rogério

1978 *Direito Administrativo*, Coimbra.

URBANO CALVÃO, Filipa

1998 *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, Porto: UCP.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos

1986 “O ordenamento jurídico administrativo”, in *Contencioso Administrativo*, Braga: Livraria Cruz.

# DOSSIER TEMÁTICO

*Ambiente*





# A REVISÃO DA LEI DE BASES DO AMBIENTE (ALGUMAS NOTAS SOBRE A VERTENTE SANCIONATÓRIA)\*

*António Sequeira Ribeiro\*\**

*ABSTRACT: This article analyses the current framework law on the environment and the proposals for its review, focusing especially on its penalties. It reinforces and stresses the need for a new and above all different framework law on the environment. The need for a temporal relationship between the framework law on the environment, the EU legislative process of the 7<sup>th</sup> Environmental Action Programme and the revision of the Constitution is supported. Proposals are presented about including in the future framework law on the environment the environmental inspection issues, the environmental crimes and offences and the environmental sanctions.*

Sumário: Introdução. I. Os objectivos de uma lei de bases. II. O tempo oportuno para rever a lei de bases do ambiente. 1. O processo de revisão constitucional. 2. A necessidade de uma lei de bases do ambiente. 3. O processo legislativo comunitário. III. Instrumentos administrativos de monitorização ambiental. 1. As acções de inspecção e fiscalização. 2. As novidades ao nível europeu sobre inspecções ambientais. 3. A distinção entre inspecções e fiscalizações. IV. Instrumentos sancionatórios de tutela ambiental. 1. Contra-ordenações ambientais. 2. Crimes ambientais. Conclusões.

---

\* Este texto resultou da intervenção do autor no colóquio sobre a revisão da lei de bases do ambiente realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 2 e 3 de Fevereiro de 2011. Agradeço à Prof. Doutora Carla Amado Gomes o convite formulado e felicito-a pela oportunidade da realização deste colóquio, bem como pelo seu sucesso.

\*\* Inspector Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## INTRODUÇÃO

A Lei de Bases do Ambiente (LBA) – Lei n.º 11/87, de 7 de Abril<sup>1</sup> – surge por vontade e iniciativa do então Secretário de Estado do Ambiente, Eng.º Carlos Pimenta, e podemos considerá-la, à época, avançada quanto ao seu conteúdo e opções que tomou, se bem que muitas delas só tardiamente tenham sido executadas e outras há que nunca saíram do papel.<sup>2</sup> Tal não implica que se não reconheça mérito e vantagens na sua existência. Como acentuam alguns Autores, a LBA constitui um marco de grande importância nas políticas do ambiente em Portugal<sup>3</sup> e, “para além das suas disposições legislativas, algumas delas nunca levadas à prática por falta de regulamentação, esta Lei assume um papel pedagógico, definindo termos e estruturando conceitos que ainda hoje prevalecem no direito português do ambiente.”<sup>4</sup>

A LBA, que surge onze anos depois da consagração na Constituição da República Portuguesa (CRP) do artigo 66.º sobre o ambiente, só veio a ser dinamizada após 1990, por força da necessidade de transposição das directivas oriundas da então Comunidade Europeia.<sup>5</sup> Não se pode, contudo, esconder que tecnicamente esta lei tem vários defeitos, entre os quais sobressaem a indefinição do conceito de ambiente (artigo 5.º, n.º 2, alínea *a*)), os embargos administrativos do ambiente (artigo 42.º) e, na opinião de Carla Amado Gomes, o artigo 21.º, no qual encontramos o momento mais infeliz da LBA, ao considerar a poluição como componente ambiental humano.<sup>6</sup>

Encontramos também na LBA opções correctas.

Claros exemplos das boas escolhas então realizadas podem ver-se em muitas das posições defendidas na LBA, mas não implementadas, e que continuam ainda hoje a ser defendidas. Tomemos como amostra a situação dos

---

1 Alterada pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (que aprovou o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), cujo artigo 6.º deu nova redacção ao artigo 45.º da LBA.

2 Uma descrição genérica da LBA pode ser vista em Condesso, 2001: 362 a 372.

3 Mas também a nível internacional, assim Fonseca, Vasconcelos, Alho & Lopes, 2010: 103, onde afirmam, embora sem explicar porquê, que “[a] Lei de Bases do Ambiente e a Lei das Associações de Defesa do Ambiente constituíram um marco e foram consideradas, a nível internacional, uma inovação.”

4 Correia, Saraiva & Moreira, 2004: 547.

5 Assim Amado Gomes, 2009a: 162.

6 Amado Gomes, 2009a: 188. Nesta mesma obra esta Autora aponta outros exemplos de infeliz técnica legislativa presente na LBA (Amado Gomes, 2009: 164 ss.).

seguros obrigatórios de responsabilidade ambiental.<sup>7/8</sup> O artigo 43.º da LBA, sob a epígrafe “seguro de responsabilidade civil”, estabelece que “[a]queles que exerçam actividades que envolvam alto grau de risco para o ambiente e como tal venham a ser classificados serão obrigados a segurar a sua responsabilidade civil”. A classificação aqui exigida nunca foi realizada. Aliás, quase uma década depois, em 1995, surge a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto,<sup>9</sup> lei de participação procedimental e de acção popular, que no capítulo IV (responsabilidade civil e penal) estabelece, no seu artigo 24.º, sob a epígrafe “seguro de responsabilidade civil”, o seguinte: “Sempre que o exercício de uma actividade envolva risco anormal para os interesses protegidos pela presente lei, deverá ser exigido ao respectivo agente seguro da correspondente responsabilidade civil como condição de início ou da continuação daquele exercício, em termos a regulamentar.” A coerência manteve-se e a regulamentação (ainda) não surgiu.<sup>10</sup> O mais curioso é que tal “esquecimento” não se pode ficar a dever a um maior desinteresse ou desnecessidade da figura em causa.<sup>11</sup> Pelo contrário, a urgência dos seguros ambientais ou de cobertura ambiental obrigatórios é cada vez mais sentida e útil para todos os intervenientes. Prova desta certeza é o último relatório do *World Economic Forum – Global Risks*, de 2010, em que dos 36 riscos identificados 9 são riscos ambientais, ou seja 25%.

Ainda recentemente, aquando da transposição da Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril<sup>12</sup>, sobre responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho,<sup>13/14</sup> veio a ser fixado pelo

7 Sobre os seguros ambientais e os seus benefícios, Pereira da Silva, 2002: 268. Gomes & Pereira: 1994: 429 a 440. Lima: 1994: 441 a 444.

8 Que encontramos, a título de exemplo, no artigo 58.º da LBA de São Tomé e Príncipe (Lei n.º 10/1999, de 15 de Abril). De igual modo, o artigo 27.º da LBA de Angola (Lei n.º 5/98, de 19 de Junho). Leis pela nossa influenciadas. Encontramos agora esta matéria no artigo 46.º do projecto de revisão da LBA do PCP.

9 Sujeita a declaração de rectificação n.º 4/95, de 12 de Outubro.

10 Sobre o contrato de seguro e o risco cfr., por todos, a dissertação de doutoramento de Lima Rego: 2010: 69 a 172.

11 Reis 1992: 93-94, considera não estar este preceito em vigor por falta de regulamentação. Posição contrária tem Pereira da Silva, 2002: 267-268, onde afirma que o problema do artigo 43.º da LBA não é a ausência de lei, mas a falta de vontade política de consagrar um sistema de seguro obrigatório.

12 JOCE, L 143, de 30 de Abril de 2004.

13 Cujo artigo 14.º foi alterado pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro, e o artigo 22.º foi-o pelo Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março.

14 A Directiva tinha de ser transposta até 30 de Abril de 2007.

artigo 22.º deste último diploma a obrigatoriedade de constituição de uma garantia financeira própria e exclusiva para este fim,<sup>15</sup> podendo esta constituir-se através de subscrição de uma apólice de seguro<sup>16</sup>, de uma garantia bancária, da participação em fundos ambientais ou da constituição de fundos próprios reservados para o efeito. Com o fundamento na novidade<sup>17</sup> e dificuldade da constituição desta garantia, nomeadamente da subscrição de apólices de seguro por alegadamente a oferta ser inexistente ou quase,<sup>18</sup> veio o legislador a brindar no próprio diploma os directos destinatários do mesmo com a suspensão desta obrigatoriedade até ao dia 1 de Janeiro de 2010 (artigo 34.º). Mas não sem antes ter afirmado no n.º 4 do artigo 22.º que podem ser fixados limites mínimos para os efeitos da constituição das garantias financeiras obrigatórias, mediante portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da economia.<sup>19</sup> Ora, como a entrada em vigor desta obrigação legal foi logo *ab initio* suspensa e a referida portaria até hoje não foi publicada, logo se veio clamar pela não aplicação

---

15 Esta obrigação só abrange os operadores que exerçam actividades enumeradas no anexo III do Decreto-Lei, não sendo pois de alcance universal. Estarão fora desta imposição legal todos aqueles que exerçam actividades que envolvam um elevado ou alto grau de risco para o ambiente, mas não referenciadas no anexo III.

16 O Instituto de Seguros de Portugal considera na sua Circular n.º 1/2010, de 25 de Fevereiro, sobre garantias financeiras de responsabilidade ambiental, que não se tratando a modalidade de seguro ambiental de um seguro obrigatório, este Instituto não tem habilitação legal para definir por via de norma regulamentar, as condições gerais deste contrato de seguro.

17 Desde que na União Europeia se iniciou a discussão acerca da responsabilidade ambiental, e esta já ocorreu há muitos anos, que se fala e discute a matéria dos seguros ambientais. A própria Confederação das Seguradoras Europeias (CEA) disponibiliza no seu sítio na *Web* muitos e substanciais estudos sobre os seguros ambientais ([www.cea.eu](http://www.cea.eu)), que me dispense de citar e enumerar. Muito útil se mostra o relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 12 de Outubro de 2010 (COM(2010) 581 final), que nos traz dados novos e importantes e nos dá conta de recentes e valiosos estudos europeus sobre os seguros ambientais, todos aí citados e disponíveis *on line*.

18 Em bom rigor nada disto se passa. Em 2010 eram já onze as seguradoras que subscreviam seguros ambientais em Portugal: Chartis Europe, Ace, Liberty, XL, Chubb, Zurich Corporate, Mapfre Global, Axa Corporate, Allianz, Fidelidade Mundial, Tranquilidade.

19 É preciso lembrar que esta portaria não é obrigatória. Podem ser fixados limites mínimos, mas não é obrigatório que o sejam. Logo, a sua ausência, neste caso, não impede a aplicação de qualquer regime legal. Mas também não se compreende que o Governo, aquando da publicação do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, e já que optou pela obrigatoriedade da garantia financeira que não lhe era imposta pela Directiva, não tenha conjuntamente publicado a portaria a que se refere o n.º 4 do artigo 22.º. Recentemente, o Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março, que estabelece as normas de execução do orçamento de Estado para 2011, veio alterar o n.º 4 do artigo 22.º no sentido de possibilitar a fixação de limites mínimos para o efeito da constituição das garantias financeiras obrigatórias, mediante a emissão de portaria, que até ao momento não foi publicada. Ou seja, o mesmo erro.

destes dispositivos, ou melhor, pela não aplicação de sanção resultante de uma contra-ordenação ambiental muito grave (artigo 26.º, n.º 1, alínea f)).

Este exemplo, e como este infelizmente outros há, demonstra a actualidade de um princípio, de uma imposição, de um comando estatuído, em 1987, no artigo 43.º da LBA.

Este exemplo espelha algo igualmente grave: a falta de respeito pela questão ambiental, a ausência de ética quer no mundo empresarial, quer entre este e o resto da sociedade, e um egoísmo individualista atroz que caracteriza o nosso mundo.

Ainda recentemente, o economista Vítor Bento veio afirmar que uma das características que distingue os gestores entre si é a ética. E quando não existe uma reprovação sancionatória, “[...] o rebaixamento do padrão ético confere uma vantagem competitiva [logo] não é de surpreender que os comportamentos transgressores melhorem os resultados imediatos, ‘centrifugando’, no processo competitivo, os seguidores de éticas mais exigentes, com as correspondentes consequências no sucesso pessoal dos intervenientes e no ajustamento da ‘norma social’ prevalecente”.<sup>20</sup> Mais à frente o Autor reafirma esta posição através da análise da ideia da gestão capitalista da maximização do lucro: “[...] a maximização do lucro de uma empresa só é aceitável quando respeita as restrições éticas e legais a que a empresa está, ou deve estar, sujeita. Violando essas restrições, pode obter-se um melhor resultado, mas é um resultado eticamente condenável, porque sacrifica o bem da sociedade. Se a prática for generalizável, conduz directamente à perda de valor social. Mas mesmo que não seja generalizável, distorce as condições concorrenciais e conduz, indirectamente, também à perda de valor social.”<sup>21</sup>

Não se pode, contudo, escamotear que a bondade da LBA ao tempo do seu surgimento vai desaparecendo com o tempo. Freitas do Amaral considerava já em 1994 que a LBA “[...] nos soa já um pouco ultrapassada e, porventura, demasiado subordinada às necessidades do Homem. Porque ela fala, no fundo, em proteger a vida do Homem, em garantir a qualidade de vida do Homem, em assegurar a saúde e o bem estar do Homem, em garantir a utilização dos recursos naturais como pressuposto básico do desenvolvimento do Homem... Ou seja, foi uma lei excelente na altura, mas ainda marcada

20 Bento, 2011: 99. O Autor fala a propósito da recente crise financeira internacional, mas o que afirma é extrapolável para toda a economia.

21 Bento, 2011: 99-100.

por uma clara concepção antropocêntrica do mundo e da vida, uma concepção em que o Homem é o centro de tudo, e em que tudo gira em torno dos interesses, das preocupações, das aspirações e das necessidades do Homem.”<sup>22</sup>

Esta mesma ideia, defendida por vários Autores, encontra idêntico entendimento na matéria da tutela contenciosa que apresenta um pendor marcadamente individualista numa lei de bases “para” o ambiente.<sup>23</sup>

Com esta lei (como em muitas outras), por vezes, não são as opções de fundo que estão erradas, mas sim a sua aplicação, que é inexistente ou por vezes distorcida, o que leva a um descrédito das mesmas e da autoridade do Estado.<sup>24</sup> Lei que não é aplicada vale mais não existir.

Assim, não admira que dez anos após a sua vigência Luísa Schmidt tenha afirmado que “a lei envelhece na maternidade onde nasceu”<sup>25</sup>, isto apesar de o artigo 51.º afirmar que todos os diplomas legais necessários à sua regulamentação serão publicados no prazo de um ano. Diz ainda a Autora que esta lei “[...] é como um corpo feito só com pés e sapatos – ainda não lhe deixaram ter pernas para andar nem cabeça para pensar.”<sup>26</sup> Vasco Pereira da Silva chega a afirmar que esta Lei de Bases, apesar de bem intencionada, é a muitos títulos fonte de intensa “poluição jurídica”.<sup>27</sup> Apontemos três exemplos que comprovam a tardia execução da LBA:

- a) O artigo 46.º relativo aos crimes contra o ambiente (de 1987) só obteve a sua primeira regulamentação em 1995 com a alteração do Código Penal.<sup>28</sup>
- b) A água é considerada um dos componentes ambientais naturais pelo artigo 6.º, alínea c), da LBA, que veio no seu artigo 10.º a indicar as

22 Amaral, 1994c: 17.

23 Baptista, 2011: 161.

24 Quando me refiro às opções de fundo não examino ou discuto a correcção técnica na redacção das mesmas que deveria sempre existir. Mas é geralmente mais fácil corrigir estas do que alterar aquelas.

25 Schmidt, 2000: 11.

26 Schmidt, 2000: 11. Parece que outra lei de bases, a LB POTU, sofre do mesmo mal, ou seja, o seu não cumprimento, Caldeira, 2010: 34 e 49.

27 Pereira da Silva, 2002: 237: “Diga-se, de passagem e com uma pontinha de ironia, que a insuficiência e incorrecção manifestadas na regulação dos denominados ‘embargos administrativos’ não é, infelizmente, um caso isolado, numa Lei de Bases que, apesar de bem intencionada, é a muitos títulos fonte de intensa ‘poluição jurídica’”.

28 Os crimes cujo bem jurídico tutelado é o ambiente foram introduzidos pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, e mais tarde modificados pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

categorias de águas abrangidas pelo diploma, bem como a indicar no n.º 3 do mesmo artigo quais as medidas específicas que deverão ser regulamentadas através de legislação apropriada e respeitantes à matéria da água nos termos indicados nas cinco alíneas do n.º 3 do artigo 10.º.

Toda a matéria respeitante à política pública ambiental da água <sup>29</sup> tem sido, a par da dos resíduos, das mais trabalhadas em Portugal. <sup>30/31</sup> A matéria é vasta <sup>32</sup> e complexa, com várias variantes (nacionais,<sup>33</sup> internacionais,<sup>34</sup> comunitárias,<sup>35</sup> ibéricas<sup>36</sup>) e muitas implicações.<sup>37</sup> Relacionada com esta temática tem havido uma apreciável produção legislativa, o que não equivale

29 Abecassis, 1999. G Marsily, 1997. Ainda hoje com interesse duas obras de Peixoto, 1979, e Peixoto, 1989.

30 Ainda hoje é interessante e útil a leitura de um estudo da autoria de Veiga da Cunha, Correia, Santos & Gonçalves 1974. Mais tarde, em 1980, estes mesmos Autores publicam, na sequência daquela obra, Veiga da Cunha, Correia, Santos & Gonçalves, 1980. Frade & Alves, 1991. Sobre os serviços de água, Baptista, 2010: 286 a 315.

31 Mesmo no âmbito do direito privado (direito civil) a matéria das águas tem merecido tratamento privilegiado. Para além de vários artigos e outras tantas obras Moreira, 1920 e Almeida, 1937. Mais recentemente Lobo, 1989 e Lobo, 1990.

32 A título de curiosidade, cite-se o *Dicionário de Direito do Ambiente* (Melo Rocha & Cunha, 2010), onde encontramos vinte entradas respeitantes à água (pp. 13 a 20).

33 Ainda recentemente, entre 2008 e 2009, o Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional publicou uma série de volumes sobre matérias das suas atribuições, entre as quais se destacam no âmbito da água as seguintes: *Plano estratégico de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais (PEAASAR II 2007-2013)*, *Articulação entre a gestão da água e o ordenamento do território*, e *Administrações das Regiões Hidrográficas – modelo de gestão e sua fundamentação*. Anos antes, em 2004, o Instituto da Água tinha publicado três bons livros sobre a água: Sendim, Medeiros, Matos, Gaspar & Cunha, 2004, Ribeiro, 2004 e Alves & Pinto, 2004. Destaque merece o volume 86, 1998, da revista *Nação e Defesa*, todo ele dedicado ao tema “O desafio das águas: segurança internacional e desenvolvimento duradouro”, com textos de vários Autores.

34 Soromenho-Marques, 2003. Bouguerra, 2005. Galland, 2008. Assouline & Assouline, 2009. Gautier & Fellous, 2008. Caubet, 2006. Barlow, 2009.

35 Barraqué, 1996. Castro, 1998: 11 a 35. Melo Rocha: 49 a 62. Por ser óbvio, não se referem aqui os textos de produção comunitária sobre a água, quase inabarcáveis.

36 Sobre a gestão partilhada da água na experiência luso-espanhola, cfr., com interesse, o volume organizado por Canotilho, 2006, contendo doutrina, textos dos instrumentos convencionais e jurisprudência. Do lado espanhol, cfr. a dissertação de doutoramento de Larios de Medrano, 2008, cujo capítulo V é dedicado aos convénios hispano-lusos (205 a 260). Sereno Rosado, 2011. Folque: 2010: 507 a 527. Com interesse, os volumes editados pela Fundação Luso-Americana sobre a matéria da água. Destaco três: *Shared Water Systems and Transboundary Issues*, de 2000; *Implementing Transboundary River Conventions*, de 2001 e *Recent Development in Water Law. Principles and Comparative Cases*, de 2005, todo ele com textos de Paulo Canelas de Castro.

37 Com interesse, a colectânea organizada por Malcata, 2009, que recolhe textos de muitos Autores, quer das ciências humanas, quer das ciências aplicadas.

a ter sido cumprido o objectivo estipulado no artigo 10.º da LBA.<sup>38</sup> O actual quadro legal relacionado com a água surge em 2005 e 2006, transpondo tardiamente várias Directivas comunitárias, de entre as quais a que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água – a Directiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro.<sup>39</sup> Antes havia sido publicado o Plano Nacional da Água através do Decreto-Lei n.º 112/2002, de 17 de Abril.

A actual legislação referente à água comporta vários diplomas, dos quais os mais importantes são a Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro (lei da água)<sup>40</sup>, o Decreto-Lei n.º 77/2006, de 30 de Março (regime complementar da lei da água) e o Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio (regime de utilização dos recursos hídricos).<sup>41/42</sup>

Como se vê, também a regulamentação legal da água em sequência da LBA ocorreu tardiamente.

c) A matéria da responsabilidade civil no domínio ambiental sempre foi confusa, apesar de a LBA prescrever no seu 41.º um princípio de responsabilidade objectiva, sem culpa, sempre que se tenha causado danos significativos

38 O anterior quadro legislativo da água era composto por quase uma dezena de diplomas, onde se destacam o Decreto-Lei n.º 45, o Decreto-Lei n.º 46 e o Decreto-Lei n.º 47, todos de 22 de Fevereiro de 1994. Para todo este período, Condesso, 2001: 813 a 942.

39 Dois documentos da União Europeia são aqui úteis: *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, guidance document n.º 17*, 2007, da Comissão Europeia, e a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho *Towards sustainable water management in the European Union*, COM (2007) 128 final/SEC (2007) 363.

40 Com a declaração de rectificação n.º 11-A/2006, de 23 de Fevereiro.

41 Este diploma, embora recente, já foi objecto de várias alterações e prorrogações de prazos, impossibilitando na prática a sua total e sistemática aplicação, bem como inviabilizando todas as acções inspectivas e fiscalizadoras face à letra morta do artigo 89.º. Assim, foram alterados os artigos 22.º e 25.º e o anexo I deste diploma, e prorrogado, com efeitos a partir de 1/6/2010, até 15/12/2010, o prazo a que se refere o seu artigo 89.º, pelo Decreto-Lei n.º 82/2010, de 2 de Julho. Este mesmo prazo já tinha sido prorrogado pelo Decreto-Lei n.º 137/2009, de 8 de Junho. Foi alterado o artigo 90.º pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro. Foi alterada a alínea e) do n.º 1 do artigo 81.º e revogadas as alíneas l) do n.º 2 e e) do n.º 3 do artigo 81.º, a partir de 30/5/2009, pelo Decreto-Lei n.º 107/2009, de 15 de Maio. Foi alterado o artigo 21.º pelo Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho. E foi alterado o artigo 93.º pelo Decreto-Lei n.º 391-A/2007, de 21 de Dezembro.

42 Os vários diplomas relacionados com a matéria das águas identificam os tipos de utilização de recursos hídricos públicos e particulares, que por terem impacto significativo no estado das águas carecem de um título que permita essa utilização. A regularização das situações que carecem de título (artigo 89.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio) levantou alguma polémica, mediatamente apelidada de lei dos poços, o que levou o então Ministro do Ambiente a ter uma interpretação muito livre desta obrigação legal através do despacho n.º 14872/2009, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 2 de Julho.



ao ambiente, em resultado de uma acção especialmente perigosa. O quantitativo da indemnização seria fixado por legislação complementar, o que nunca ocorreu.<sup>43</sup>

A Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril,<sup>44</sup> estabeleceu um quadro de responsabilidade ambiental com vista a prevenir e reparar danos ambientais.

A transposição desta Directiva tinha de ocorrer até 30 de Abril de 2007, mas só ocorreu em 2008 com a publicação do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho.<sup>45</sup>

Assim, se até à publicação deste diploma legal a matéria da responsabilidade ambiental se dividia de acordo com vários critérios, que não interessa nesta sede analisar,<sup>46</sup> já na vigência do actual regime esta matéria se nos apresenta mais escurreita, pese embora as opções tomadas pelo nosso legislador e a má técnica legislativa utilizada, para mais num diploma que se quer pilar do edifício legislativo ambiental.<sup>47/48/49</sup>

---

43 Tal leva Reis, 1992: 88-89, a considerar que as normas em causa não estão em vigor por falta de regulamentação. Diferentemente, Pereira da Silva, 2002: 266-267, considera não ser a ausência desta legislação específica impeditiva da vigência e aplicação do preceito. Defendendo esta mesma posição Amaral, 1994: 372. Com interesse, Cruz, 2008: 19-20.

44 JOCE, L 145, de 30 de Abril de 2004. Tem interesse a leitura do *Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental*, apresentado pela Comissão, em 9 de Fevereiro de 2000, COM (2000) 66 final, onde se denota que desde estes estudos até à publicação da Directiva se verificaram alterações importantes onde o ambiente ficou a perder.

45 Este atraso na transposição foi comum à maior parte dos Estados membros da União Europeia. Veja-se o *Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e Europeu e ao Comité das Regiões*, elaborado nos termos do artigo 14.º, n.º 2, da Directiva 2004/35/CE, de 12/10/2010, COM (2010) 581 final. Com interesse, Smedt, 2009: 2 a 18.

46 Cruz, 2005. Pereira da Silva, 2002: 24 ss. Sendim, 1998. Canotilho, 1994: 39 a 407. Antunes, 2003: 149 a 179.

47 O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, apresenta uma sistemática muito discutível ao incluir um capítulo II sobre responsabilidade civil e um capítulo III sobre responsabilidade administrativa. Tecnicamente o diploma é mau. Dois exemplos: a) os artigos 27.º e 28.º acerca da mesma matéria utilizam três expressões com distinto significado jurídico: autoridade competente, autoridade administrativa e entidades fiscalizadoras; b) o artigo 33.º afirma que se consideram prescritos os danos Ora, os danos não prescrevem. O que prescreve é o prazo para interposição da acção judicial com vista a indemnização por causa do dano.

48 Sobre o Decreto-Lei n.º 147/2008, Amado Gomes, 2009: 235 a 275. Nestas mesmas actas, Pereira da Silva, 2009: 9 a 22. Com interesse todos os artigos publicados em Gomes & Antunes, 2010.

49 A bibliografia sobre a responsabilidade ambiental é já hoje inesgotável. Por todos, Hinteregger, 2008. Trata-se de um estudo de casos sobre as várias matérias da responsabilidade ambiental nos países da União Europeia.

Tão tarde, por referência ao ano da publicação da LBA, e de uma maneira infeliz, foi a essencial matéria da responsabilidade ambiental disciplinada. Com que custos? Era bom que alguém se dignasse proceder a essa avaliação, onde danos materiais não podem ser os únicos a ser considerados.

## I. OS OBJECTIVOS DE UMA LEI DE BASES

Quais os objectivos de uma lei de bases? Para que é que serve?

O actual artigo 112.º, n.º 2, da CRP estatui que as leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos. Não nos diz, contudo, a CRP o que se deva entender por lei de bases, nem define princípios básicos do seu regime jurídico, nomeadamente no que toca a concatenação com os restantes actos normativos. Por exemplo, a supremacia hierárquica das leis de base sobre os decretos-leis de desenvolvimento em matérias não reservadas (artigos 164.º e 165.º) não é clara, nem pacífica. E este exemplo pressupõe, desde logo, a possibilidade de estabelecer leis de base fora das matérias contidas nos artigos 164.º e 165.º da CRP.<sup>50</sup>

No entanto, há uma certa unanimidade (inclusive do Tribunal Constitucional) em reclamar para as leis de bases as opções político-legislativas fundamentais.<sup>51</sup> Próximas, mas diferentes, devem ser entendidas as leis sobre matérias cujo regime geral pertença à Assembleia da República. Estas “[...] *devem conter*, logo, o tratamento de *toda a matéria* em causa, ao passo que uma lei de bases se circunscreve a grandes orientações ou directrizes normativas e a completude legislativa só se obtém pelo decreto-lei ou decreto legislativo regional de desenvolvimento. Regime geral e regime especial, embora firmados nos mesmos princípios, podem coexistir; lei de bases e acto legislativo de desenvolvimento constituem um só corpo.”<sup>52/53</sup> Ou seja, o nível de densifica-

50 Sobre algumas destas e outras questões, Canotilho & Moreira, 2010: 63 a 66. Canotilho, 2010b: 752 ss. Miranda & Medeiros, 2006: 267 a 269. Miranda, 2010: 375 ss. Pinheiro & Lomba, 2008: 105 a 127 (a anotação ao artigo 112.º é do primeiro dos Autores). Sérvulo Correia, 1987: 198, nota 348. Otero, 1997: 37 ss. Moncada, 2002: 872 ss. Queiroz, 2009: 259. Valle, 2004: 233 ss. Freitas Rocha: 610 ss. Pinheiro & Fernandes, 1999: 270 ss. Vaz, 1992: 438 ss. Morais, 1998: 216 a 218, 280, 302 a 307. Morais, 2008: 296 ss.

51 Miranda & Medeiros, 2006: 267.

52 Miranda & Medeiros, 2006: 268.

53 Sobre as distinções entre as leis de base e as leis de autorização legislativa ver o quadro comparativo em Miranda & Medeiros, 2006: 269. Miranda, 2010:383 a 385 apresenta outros quadros comparativos entre a lei de enquadramento e a lei de bases.

ção do regime legislativo é mínimo comparativamente com uma lei geral ou com uma lei global. Pode afirmar-se que a lei de bases, ou lei de princípios, como por vezes é designada, é um acto condição das leis de desenvolvimento daquelas.<sup>54</sup>

As leis de base fixam as grandes orientações, os principais vectores, da política pública legislativa de uma determinada área. A lei de bases do ambiente estabelece, pois, as linhas de orientação tendencialmente perenes e imutáveis para este sector.<sup>55</sup> Define, pois, o quadro legal que deve reger as relações do homem com o ambiente, em ordem a assegurar uma efectiva protecção das suas diversas componentes.

Uma lei de bases é uma base para futuras leis. A LBA deve ser entendida como a Constituição para as leis ambientais.

No entanto, para se saber qual a verdadeira política pública do ambiente em toda a sua plenitude, não é suficiente conhecer-se a sua lei de bases. A esta tem de acrescer o saber-se qual o programa de Governo, a sua orgânica e linhas estabelecidas pela União Europeia. E não se pode esquecer que sem o conhecimento do que se passa no terreno, ou seja da prática, da execução, daquilo que é sentido e vivido por todos, nunca se obterá uma imagem perfeita e integral do estado ambiente num determinado país, ou espaço regional. A existência de um impecável quadro legislativo de nada vale se ele não se traduzir em acções concretas. Leis sem *enforcement* mais não são do que exercícios de ficção.

## II. O TEMPO OPORTUNO PARA REVER A LEI DE BASES DO AMBIENTE

Na actual LBA encontramos normas jurídicas *stricto sensu*, a par de normas programáticas. Encontramos referências a uma estratégia nacional de conservação da natureza e preservação da biodiversidade, mas não encontramos a dita estratégia. Ou seja, faltam matérias, necessitamos de um arrumar sistemático, precisamos de clarificar qual a natureza das suas normas, urge actualizá-la naquilo que o tempo a deixou para trás, revigorá-la e dar-lhe força para que não se sinta apenas de corpo presente. Julgo ser unânime a opinião que perfilha a ideia da necessidade de rever a actual LBA. Sim. Todos o sentem, por uma causa ou outra. Todos reivindicam a alteração. Todos exigem uma nova lei. As razões, os objectivos, os fundamentos e os caminhos a trilhar

54 Assim Morais, 1993: 570 ss. Igualmente em Morais, 1998: 651-652.

55 Vejam-se os actuais artigos 1.º e 2.º, n.º 2, da LBA.

são diversos e muitas vezes contraditórios. Partilhando eu também a opinião de que a actual lei necessita de ser substituída, impõe-se-me, contudo, duas outras questões tão ou mais importantes do que a primeira. Qual a oportunidade desta revisão? E qual o sentido que a mesma deve tomar? Ou seja, qual o tempo em que esta revisão deve ocorrer e qual o conteúdo da mesma.

O actual processo de revisão da LBA foi despoletado pela iniciativa do grupo parlamentar do Partido Social Democrata.<sup>56</sup> Era, no entanto, previsível que uma iniciativa deste género surgisse, já que o programa do actual Governo aponta, como uma das suas medidas, a revisão nesta legislatura da actual LBA.<sup>57</sup>

Entendo, no entanto, não ser este o tempo oportuno para rever a LBA. E sustento esta opinião em dois argumentos. Um tem que ver com o actual processo de revisão constitucional; o outro prende-se com o processo legislativo comunitário.

## 1. O processo de revisão constitucional

A CRP já sofreu desde 1976 sete alterações,<sup>58</sup> encontrando-se em curso um novo processo de revisão constitucional. Algo que me parece elementar é a necessidade da LBA se relacionar em clima de harmonia com a CRP. A relação entre estes dois textos tem de assentar numa articulação bem oleada, sem contradições ou divergências.

A nossa actual Constituição é mais um programa de governo do que um programa constitucional.<sup>59</sup> E os seus artigos com matéria ambiental necessi-

---

56 Projecto de Lei n.º 224/XI/1ª, contendo exposição de motivos e 43 artigos, que deu entrada no dia 14 de Abril na Assembleia da República. Este projecto foi alvo do parecer (contendo em anexo a nota técnica) da Comissão de ambiente, ordenamento do território e poder local, aprovado por unanimidade em reunião realizada em 21/9/2010.

57 Programa do XVIII Governo disponível em [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt), 88.

58 O texto original e os das várias alterações podem ser consultados em Fontes, 2011.

59 Xavier, 2001: 101 e 104, sobre a perenidade e actualidade da Constituição. Diz o Autor (102): “Teremos de constatar o fim do mito da milenariedade da Constituição, bem expresso nas 4 mudanças (algumas radicais) em 20 anos. De qualquer modo, parece evidente a falta de modernidade do nosso texto e duvidosa a sua adaptação ao início do 3.º milénio. O pretérito e o anacrónico da Constituição são perceptíveis a uma leitura directa”. Conclui que existem na Constituição “[...] minudências excessivas que a levam a parecer conter não um programa constitucional mas um programa de governo.” (103). Penso ser legítimo extrapolar estas observações para fora do direito do trabalho e aplicá-las à maior parte das matérias contidas na Constituição. Veja-se o actual artigo 66.º da CRP, que parece um albergue espanhol onde tudo cabe. Por todos, Amado Gomes, 2007: 111, que refere ser este o campo de eleição para “[...] fórmulas grandiosas no seu simbolismo mas frágeis nas suas consequências (jurídicas)” De igual forma refere que a retórica constitucional presente no artigo 66.º da CRP contribui para a parcela de sonho que qualquer

tam de ser revistos, ou se quisermos ser mais incisivos, precisam de ser corrigidos. A Constituição ambiental precisa, pois, de ser alterada.

Os actuais artigos 9.º e 66.º da CRP precisam de ser expurgados das inutilidades que aí se encontram, precisam de ver limadas as arestas entre eles, e, mais importante, precisam de se assumir enquanto porto seguro de uma ou outra opção constitucional que seja clara e não permita com facilidade interpretações de tal maneira diferentes que por vezes somos levados a pensar estarmos perante diferentes textos constitucionais. O artigo 66.º não pode continuar a ser depósito de tudo o que ao longo do tempo vai surgindo de novidade nesta ou em matérias de relacionamento próximo, sem se cuidar de o integrar sistematicamente. No fundo, trata-se de eliminar uma noção ampla de ambiente que a LBA igualmente consagra e que leva Carla Amado Gomes a considerar que o ambiente é uma espécie de saco sem fundo que tudo abarca.<sup>60</sup>

Dos projectos de revisão constitucional conhecidos nem todos tocam nas matérias ambientais: é caso dos do Partido Socialista<sup>61</sup> e do Centro Democrático Social/Partido Popular.<sup>62</sup> O projecto do Partido Comunista Português acrescenta ao texto constitucional um artigo sobre o direito à água (artigo 66.º-A).<sup>63</sup>

O projecto de revisão constitucional que mais mexe nas matérias ambientais é o do PSD.<sup>64</sup> Exemplos são as propostas de alteração dos artigos 9.º, 64.º, 65.º, 66.º e 103.º. Este projecto apresenta no entanto algumas propostas menos conseguidas. Entre outras coisas, haverá a referir a proposta da alínea l) do artigo 66.º e saber se quer mesmo dizer danos ambientais, como está escrito, ou se se queria dizer danos ecológicos, como me parece correcto, ou se com aquela fórmula se quer abarcar as duas realidades. Estranha-se é que

---

Constituição alberga (131). Amado Gomes, 2009a: 163, afirma que o artigo 66.º n.º 2, da CRP é um caso claro de obesidade normativa, dado que o legislador transformou o “artigo ambiental” da CRP num caso paradigmático de excesso conteudístico (169). É bonito como utopia, mas quase nulo na sua operatividade concreta o que o artigo 66.º da CRP, e outros de pendor ambiental, nos oferecem.

60 Amado Gomes, 2005b: 15.

61 Disponível no sítio [www.ps.pt](http://www.ps.pt).

62 Disponível no sítio [www.cds.pt](http://www.cds.pt).

63 Disponível no sítio [www.pcp.pt](http://www.pcp.pt).

64 Disponível no sítio [www.psd.pt](http://www.psd.pt).

o mesmo partido na proposta da nova LBA faça expressamente a distinção entre os dois tipos de danos (artigo 37.º).

## 2. A necessidade de uma lei de bases do ambiente

Algo que precisa de ser pensado previamente a qualquer alteração legislativa de revisão da LBA é saber se faz sentido ou se é necessário (e são questões distintas) uma LBA. Dir-se-á que é uma interrogação ultrapassada já que existe vontade política para rever a actual LBA, e como tal foram já apresentados projectos nesse sentido. Pois sim. Mas deveria ter sido (ou ser) discutido.

A Espanha não tem LBA e em França existe um Código do Ambiente com mais alguma regulamentação. Tem que haver mesmo LBA? Porventura não é necessário mas faz sentido. E as LBA existentes são muito diferentes entre si, espelhando entre elas o momento em que foram produzidas e as concepções existentes à época sobre as matérias ambientais.

O Japão produziu uma lei idêntica à nossa em 1967, a Suécia em 1969 e os EUA originaram a NEPA, em 1969, sendo, por comparação, a nossa LBA mais ampla e complexa.

De qualquer forma não é este o local para aprofundarmos esta matéria.

Interessa, contudo, saber, previamente a esta revisão da LBA, qual ou quais as alterações projectadas para a noção constitucional de ambiente.<sup>65</sup>

Interessa igualmente saber qual o conteúdo, ou melhor, a extensão do objecto da futura LBA. Por exemplo, o artigo 2.º da LBA toca em outras políticas públicas que não a ambiental. João Pereira Reis afirma que a palavra ambiente peca por defeito. A actual LBA deveria denominar-se LBA e do OT.<sup>66/67</sup>

Isto leva-nos a uma outra questão. Como se deve articular a futura LBA com outras leis de base já existentes, ou com diplomas fundamentais com matéria conexas com a do ambiente.

---

65 Amado Gomes, 2007: 98 a 149. Desta mesma Autora, Amado Gomes, 2005b. Amaral, 1994: 11 a 22. Garcia, 2007.

66 Reis, 1992: 8.

67 As designações não são (não podem ser) inócuas. Assim, Garcia, 2010. Embora, para Caldeira, 2010: 38 e para Magalhães, 2010: 106, esta lei deveria chamar-se simplesmente “lei de bases do ordenamento do território”, já que a separação entre território e urbanismo pode sugerir que se trata de matérias diferenciadas e desligadas.

A primeira de todas é a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto).<sup>68/69</sup>

Mas outros diplomas se posicionam neste relacionamento próximo e que temos de levar em consideração aquando da revisão da LBA. Refiro-me ao:

- a) Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, contido no Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho;
- b) Regime da conservação das aves selvagens e preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens, consagrado no Decreto-Lei n.º 140/99, de 22 de Abril, com uma grande alteração e republicação pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro;
- c) Ao regime da Reserva Ecológica Nacional, estatuído no Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto;
- d) Ao regime da Reserva Agrícola Nacional, contido no Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março.

Também a concatenação da LBA com Planos existentes tem de ser acautelada. A título exemplificativo, aponte-se o plano nacional de acção ambiente e saúde 2008-2013, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 91/2008, publicada no *Diário da República* de 4 de Junho de 2008.

E o que dizer do Plano Nacional da Política de Ambiente de 1995, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95, publicada no *Diário da República* de 21 de Abril?<sup>70</sup>

Este Plano Nacional da Política de Ambiente estabelece, no seu ponto 5.4, a importância dos instrumentos jurídicos na política ambiental, nomeada-

68 Apresentando a lei, Condesso, 2001: 440 a 446.

69 Cravinho, 2010: 18, recorda que na génese da LBOTU se levantou o problema de fazer o entrosamento com a LBA (referindo que esta tinha provecta idade): “Tínhamos de ter uma preocupação ambiental forte que não poderia ficar pela remissão para a lei existente, a título de demonstração de que, de facto, a matéria não estava esquecida”. Para alguns autores, se aquela preocupação foi sentida, não foi, em rigor, consagrada. Assim, Magalhães, 2010, 111, onde afirma que a LBOTU não faz referência à LBA: “Considerando que o Ordenamento do Território é o processo que conduz à organização da Paisagem e que esta é a expressão física do Ambiente, nele incluído o Homem, é impensável que a LBOTU não estabeleça as pontes necessárias com a Lei de Bases do Ambiente”.

70 Schmidt, 2000: 27 a 30, onde critica duramente este plano e as suas várias contradições. Condesso, 2001: 372 a 389. Este Autor considera ser este plano o documento ambiental governamental que mais debate suscitou em Portugal (373). Não acompanho a defesa desta posição porquanto considero que até ao momento os documentos governamentais com mais discussão pública foram os relativos ao processo da co-incineração de resíduos industriais perigosos em unidades cimenteiras. Cfr., por todos, Amaral, Miranda, Otero & Esteves, 2001. Formosinho, Pio, Barros & Cavalheiro, 2000. Pio, Barros, Cavalheiro, Dias & Formosinho, 2003, Nunes & Matias, 2003.

mente o ilícito contra-ordenacional e os crimes ambientais então introduzidos no Código Penal.<sup>71</sup> Este plano, que deveria ser objecto de uma avaliação anual e revisto até final de 1997, nunca foi sujeito nem àquelas avaliações, nem a esta revisão, sendo caso para perguntar para que serviu este plano? Quem o conhece hoje?<sup>72</sup>

Algo que não faz sentido é avançar para uma revisão da LBA sem se saber como vamos articular a LBA e o seu conteúdo com outras políticas públicas sectoriais. Sendo um lugar comum a afirmação da transversalidade das matérias ambientais, sem a qual a política pública ambiental está condenada ao fracasso, como vamos fazer reflectir este carácter horizontal das matérias ambientais na LBA, ou tal não deverá ser feito nesta lei?

De que nos serve uma bonita LBA em que não se façam representar objectivos de outras políticas públicas que com a ambiental obrigatoriamente se tocam e mutuamente se influenciam?

Penso essencialmente, e numa vertente pró-activa, nas seguintes políticas públicas sectoriais:

- a) Transportes;
- b) Indústria e Turismo;
- c) Mar (pescas e aquacultura);
- d) Energia e Alterações Climáticas;
- e) Fiscal;
- f) Educação;
- g) Agricultura (florestal e cinegética);
- h) Saúde.

Como se vê, em minha opinião, sem o trabalho de casa realizado corre-se grandemente o risco de a próxima LBA de nada servir em termos práticos, podendo em última análise questionar-se da sua existência, face à utilidade que dela retiramos.

---

71 *Plano Nacional da Política de Ambiente*, edição do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, 1995, 280 a 282.

72 N.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95.



### 3. O processo legislativo comunitário

Os programas comunitários em matéria de ambiente<sup>73</sup> fixam directivas políticas para toda a União Europeia. Mas se foi assim desde o início, a partir do acto único europeu a matéria ambiental ganhou carta de alforria e desde então a força jurídica dos programas comunitários de ambiente cresceu. Hoje, estes programas já são mais do que directivas políticas. Eles servem de guia e traçam objectivos para as instituições comunitárias e Estados-membros. Traduzem a evolução das estratégias comunitárias e anunciam os grandes princípios da política de ambiente, inseridos no Tratado pelo acto único europeu, assinado em 17 de Fevereiro de 1986. O artigo 175.º, n.º 3, do Tratado (agora artigo 192.º, após o Tratado de Lisboa) dá uma base jurídica nova aos programas de acção ao serem, a partir do 6.º programa, adoptados por decisão através de maioria qualificada, e com carácter obrigatório (*binding*). Estabelecem agora um calendário para a adopção das medidas neles preconizadas. Antes eram estabelecidos por resolução do Conselho, agora há um processo de co-decisão entre o Conselho e o Parlamento. A iniciativa legal é da Comissão, mas agora (após Maastricht, 1992) o Parlamento vê criadas novas oportunidades para influenciar o programa legislativo da União Europeia. Numa má comparação (são mais regulamentares e completos que a nossa LBA), podemos afirmar que estes programas representam a LBA da União Europeia.

Até ao momento vigoraram seis programas comunitários de ambiente:

- a) 1.º, adoptado em 22 de Novembro de 1973 (1973-1976);<sup>74</sup>
- b) 2.º, adoptado em 17 de Março de 1977 (1977-1981);<sup>75</sup>
- c) 3.º, adoptado em 7 de Fevereiro de 1983 (1982-1986);<sup>76</sup>
- d) 4.º, adoptado em 19 de Outubro de 1987 (1987-1992);<sup>77</sup>
- e) 5.º, adoptado em 17 de Maio de 1993 (1993-2000);<sup>78</sup>

73 Sobre os programas da União Europeia em matéria de ambiente, para além dos próprios textos da União Europeia, é útil, em termos sumários, Krämer, 2007:60 a 62. Baziadoly, 1996: 16 a 27. Esta obra apenas abarca o período até ao 5.º programa.

74 JOCE, C 112 de 20 de Dezembro de 1973. Não existe texto oficial em português, ao contrário do que já vi afirmar por alguns Autores.

75 JOCE, C 139 de 13 de Junho de 1977.

76 JOCE, C 46 de 17 de Março de 1983.

77 JOCE, C 328 de 7 de Dezembro de 1987.

78 JOCE, C 138 de 17 de Maio de 1993.

- f) Reexame do 5.º programa em 10 de Outubro de 1998;<sup>79</sup>  
 g) 6.º, adoptado em 10 de Setembro de 2002 (2002-2012).<sup>80</sup>

Actualmente, decorrem os trabalhos tendentes à realização do 7.º programa comunitário em matéria ambiental, para vigorar no período pós 2012. Os trabalhos não têm sido fáceis, há interesses divergentes e *lobbies* poderosíssimos que tentam acerrimamente fazer vingar as suas posições. Após alguns impasses, os trabalhos foram retomados, mas com alguma parcimónia.

Era útil, portanto, que antes de se encetar a revisão da nossa LBA, se esperasse pela aprovação do futuro programa comunitário em matéria ambiental, ou pelo menos que se esperasse por uma versão daquele em fase muito adiantada.

A título exemplificativo, recorde-se que os princípios específicos adoptados no artigo 3.º da actual LBA foram inspirados nos onze princípios contidos no primeiro programa comunitário de ambiente.

Nada nos garante, contudo, não sejamos ingénuos, que se a revisão da LBA ocorresse após os processos de revisão constitucional e de procedimento comunitário, o resultado não seria o mesmo. Infelizmente, o passado não abona em favor desta posição por nós aqui defendida. Inúmeros são os exemplos de actos legislativos que nascem de costas voltadas entre si, quando as suas matérias se deviam entrelaçar na perfeição; ou quando da sua feitura não se teve em consideração directrizes gerais ou princípios já anteriormente aceites.

### III. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE MONITORIZAÇÃO AMBIENTAL

Não precisamos apenas de uma nova lei. Precisamos de uma lei diferente. Se a mexida for puramente estética, de retoque, então não vale de nada alterar a lei, e só estamos a perder tempo. Se o que se pretende é aproveitar o esqueleto, a estrutura da lei actual, e sobre esta proceder a alterações, então estamos em nítida perda de tempo. Manobras de *make up* não são bem-vindas.

Mas é isto que está a ocorrer.

Os projectos da nova LBA estão a ser realizados com base na estrutura actual, alterando o conteúdo de alguns artigos, ou seja, dando-lhe apenas uma

79 JOCE, L 275 de 10 de Outubro de 1998.

80 JOCE, L 242 de 10 de Setembro de 2002. Sobre este Krämer, 2001, 551 a 605.

nova roupagem, adaptando-a à actualidade. Está a desaproveitar-se a possibilidade de fazer uma nova, diferente e boa LBA. A actual revisão da LBA resulta da seguinte ideia: existe uma lei que já tem uns anitos e, portanto, que está desactualizada; vamos mostrar trabalho e fazer a sua revisão vestindo-a com a roupa da moda. Pegar na parte final do n.º 2 do artigo 2.º da LBA onde se afirma “desenvolvimento auto-sustentado” e escrever agora “desenvolvimento sustentável”, é nítida perda de tempo.

Vejam os que se passa na matéria que em específico me foi dado tratar neste colóquio: o direito sancionatório do ambiente.

### 1. As acções de inspecção e fiscalização

Mas antes de abordar os crimes e contra-ordenações ambientais, vou demonstrar o que venho afirmando. Não basta olhar para os artigos da actual LBA. Alguns, a meu ver, não têm aí assento legal, outros têm de ser nela incorporados.

Assim, um exemplo de algo diferente, de novo, do que não está lá neste momento e que se insere na temática do direito sancionatório do ambiente é a matéria respeitante à inspecção e fiscalização do cumprimento das leis ambientais.

Inexiste na LBA qualquer referência materialmente sustentada à necessidade de haver uma inspecção-geral e serviços de fiscalização, ao invés do que comparativamente vemos em leis estrangeiras.

Ora, embora esta ideia me pareça que contém em si algo de pacífico, face à normalidade ou necessidade da existência destes serviços, a verdade é que os projectos de LBA que consultámos são omissos quanto a este assunto.

Senão vejamos, a actual LBA, no seu capítulo VIII – Penalizações, tem quatro artigos:

- a) O 45.º sobre o tribunal competente;<sup>81</sup>

---

81 Para as matérias de foro administrativo são os tribunais administrativos os competentes para julgar. Antes, face ao primitivo artigo 45.º da LBA, a jurisdição competente era a dos tribunais comuns. Artigo aquele que veio a ser alterado pelo artigo 6.º da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, atribuindo esta lei competência aos tribunais administrativos, embora já antes por força da CRP se devesse entender assim. Diferente é saber se deve haver uma jurisdição autónoma para as questões ambientais, criando-se uma nova categoria de tribunais, para além das constantes do artigo 209.º da CRP; ou se antes devem ser criados tribunais de competência especializada em razão da matéria, nas jurisdições actualmente existentes. Cfr. Pereira da Silva, 2002: 231-232, optando este Autor pela segunda opção. Jadot, 2010: 173 a 237. Nesta mesma obra colectiva, Lavrysen, 2010: 39 a 247. As questões do foro assumem no direito internacional do ambiente importância crescente, levando alguns Autores a defender uma jurisdição internacional especializada, Bachelet, 1997: 323 ss. Fontes, 2007:123 a 145.

- b) O 46.º sobre crimes contra o ambiente;
- c) O 47.º sobre contra-ordenações; e
- d) O 48.º sobre a obrigatoriedade de remoção das causas de infracção e da reconstituição da situação anterior.

Isto sem esquecer que o artigo 27.º, n.º 1, alínea *p*), inserido no capítulo IV, refere como um dos instrumentos da política de ambiente “[a]s sanções pelo incumprimento do disposto na legislação sobre o ambiente e ordenamento do território”.

Vejamos como é esta matéria tratada nos diversos projectos de revisão da LBA, entretanto apresentados.

No projecto do PSD encontramos um capítulo VI sobre penalizações, composto por dois artigos, o 40.º sobre crimes e contra-ordenações (junta assim os actuais 46.º e 47.º) e o 41.º sobre a obrigatoriedade de remoção das causas de infracção e da reconstituição da situação anterior (actual artigo 48.º).

O projecto do PCP<sup>82</sup> indica no seu artigo 6.º, alínea *p*), como um dos instrumentos da política do ambiente “A penalização fiscal, contra-ordenacional e penal, das práticas poluentes, lesivas ou desajustadas, nos termos da lei.” O artigo 49.º refere-se aos crimes contra o ambiente, o artigo 50.º às contra-ordenações e o artigo 51.º à obrigatoriedade de remoção das causas de infracção e da reconstituição da situação anterior. Estes últimos três artigos equivalem aos artigos 46.º, 47.º e 48.º da actual LBA.

O projecto do Bloco de Esquerda<sup>83</sup> apresenta o seu artigo 52.º dedicado aos crimes ambientais e o artigo 53.º sobre contra-ordenações ambientais. Equivalem aos actuais artigos 46.º e 47.º, mas um pouco mais desenvolvidos.

O projecto do partido Os Verdes<sup>84</sup> apresenta o seu artigo 43.º sobre crimes contra o ambiente e contra-ordenações ambientais e o artigo 44.º sobre a reposição da situação anterior. Ou seja, estes artigos equivalem aos actuais artigos 46.º, 47.º e 48.º.

---

82 Projecto de Lei n.º 456/XI-2.ª, disponível no sítio [www.pcp.pt](http://www.pcp.pt).

83 Projecto de Lei n.º 515/XI/2.ª, disponível no sítio [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

84 Projecto de Lei n.º 457/XI/2.ª, disponível no sítio [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

O projecto do Governo, na última versão que conheço,<sup>85</sup> apresenta o artigo 44.º referente aos crimes e contra-ordenações ambientais, e o artigo 45.º sobre a obrigação de reposição do estado anterior.

A primeira conclusão que se retira depois de consultados os projectos *supra* mencionados é que eles nesta matéria não inovam, copiam-se uns aos outros e, salvo diferenças de pormenor, utilizam literalmente o texto dos actuais artigos 46.º, 47.º e 48.º.

A segunda conclusão é a constatação da inexistência de algo novo, nomeadamente algum dispositivo referente à inspecção e fiscalização ambientais. Porquê?

O mais estranho é que leis de bases do ambiente influenciadas pela nossa contêm um capítulo sobre inspecção e fiscalização. Vejamos o exemplo paradigmático dos PALOP. Em muitas matérias, e também no ambiente, a influência legislativa portuguesa faz-se sentir no ordenamento jurídico destes Países. Vejamos alguns deles:

Em Cabo Verde: a sua LBA consta da Lei n.º 86/IV/93, de 26 de Julho, cujos artigos 46.º a 49.º são iguais aos actuais artigos 45.º a 48.º da nossa LBA.

Em São Tomé e Príncipe: a sua LBA consta da Lei n.º 10/1999, cujo artigo 63.º (ilicitude) estatui que “a tipificação dos crimes e transgressões contra o ambiente e a determinação das sanções aplicáveis consta de legislação especial”.

Em Angola: a sua LBA, a Lei n.º 5/98, de 19 de Julho de 1998, estabelece no seu artigo 29.º (crimes e contravenções ambientais) que “[a]s infracções de carácter criminal bem como as contravenções relativas ao ambiente, são objecto de regulamentação em legislação específica”.

Em Moçambique: a LBA, Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro, refere no seu artigo 27.º (“crimes e contravenções ambientais”) que “as infracções de carácter criminal, bem como as contravenções relativas ao ambiente, são objecto de previsão em legislação específica”.

Tendo a nossa LBA influenciado todas estas leis, bastava agora lê-las para se aproveitar algo que não consta da nossa actual LBA, nem dos vários projectos de revisão da mesma.

---

85 Proposta de Lei n.º 45/2011, aprovada no Conselho de Ministros de 24 de Fevereiro de 2011. Agradeço ter-me sido disponibilizado este texto.

Em Cabo Verde, o artigo 59.º do Decreto Regulamentar n.º 14/97, de 1 de Julho, que complementa a sua LBA, estabelece o regime de fiscalização, estabelecendo a quem compete a mesma (agentes de fiscalização), os poderes dos agentes e o segredo profissional.

Em Angola: os artigos 30.º a 32.º da LBA referem-se à fiscalização ambiental.

E em Moçambique: os artigos 28.º a 30.º da LBA referem-se à fiscalização ambiental.

Conclui-se, assim, que faltam quer na actual LBA, quer nos projectos de revisão desta lei, disposições relativas ao órgão inspectivo e aos serviços fiscalizadores do cumprimento da legislação ambiental.

Em meu entender, a obrigatoriedade da criação ou existência de serviços de inspecção e fiscalização ambientais deve constar da LBA, devendo legislação complementar regular em concreto esta matéria.<sup>86</sup>

Considero que um dos problemas ambientais mais graves tem sido desde sempre a inexistência de fiscalização. Reparem que não me refiro agora a serviços inspectivos, mas a fiscalizadores. Se houver (se tivesse havido) uma verdadeira fiscalização ambiental, próxima temporal e geograficamente do que se está a fiscalizar, muitos dos grandes problemas ambientais em Portugal não teriam existido. O que ocorre é que quando alguns desses casos chegam à Inspecção Geral não há intervenção que valha, o dano já ocorreu e com uma dimensão tal, que por vezes mexer na situação é ainda bem pior do ponto de vista ambiental. Para não falar em situações já consolidadas no terreno há mais de duas décadas e em que uma intervenção neste momento acarreta grandes prejuízos a vários níveis, e uma dificuldade técnica e jurídica por vezes quase inultrapassável. O mal tem de ser combatido logo no início, lá no terreno. Anos mais tarde o que se encontra já não é curável, tal como um doente que se não for tratado a tempo, quando entra nas urgências é-lhe diagnosticado um cancro em último grau, sem possibilidade de cura.

---

86 Não nos podemos esquecer de que já houve um Ministro do Ambiente que quis extinguir a Inspecção Geral do Ambiente. A política pública do ambiente não pode estar dependente dos caprichos de quem momentaneamente ocupa certos lugares. E não conheço nenhuma política pública do ambiente nos países da União Europeia que prescindia de um serviço inspectivo. Bem pelo contrário, são os países mais fortes quer política, quer economicamente que possuem as inspecções ambientais mais robustas, agrupadas na rede europeia IMPEL. Aliás, já assisti a reuniões e conversas em que algumas mentes defendiam que a política ambiental deve apenas e só ser imposta através da pedagogia, dispensando qualquer meio sancionatório, inclusive através dos tribunais (!). É útil a leitura dos vários artigos inseridos nos dois volumes de Zaelke, Kaniaru & Kruziková. Muito útil Farmer, 2007.

Só as entidades que licenciam têm conhecimento das licenças que emitem e das imposições nelas estabelecidas, cabendo-lhes numa primeira linha de intervenção a fiscalização do cumprimento das licenças por si atribuídas. Se não existir fiscalização a este nível, a tarefa inspectiva subsequente é ingrata e inglória. É que, para além das situações que têm na sua base a outorga de uma licença, existem ainda todas aquelas cuja génese é completamente ilegal, onde o seu autor muitas vezes às escondidas vai praticando os mais vergonhosos atentados ambientais. Felizmente que nos últimos anos se denota um crescendo da actividade fiscalizadora a nível ambiental, sendo de realçar o trabalho do SEPNA, o serviço de protecção ambiental da GNR.<sup>87</sup>

Aquilo que acabei de expressar é comumente reconhecido por todos aqueles que mais de perto trabalham na matéria ambiental. Basta percorrer o País de lés a lés indo aos locais da infracção e conhecer o seu historial, ou por vezes a falta dele, para de uma forma muito célere se chegar a esta constatação.

Mas para isto é necessário que o Estado português crie ou dê condições de funcionamento aos serviços fiscalizadores. Tudo o que for investido na prevenção significa ausência de problemas mais à frente, e com custos económicos e ambientais muitíssimo inferiores.<sup>88</sup>

Dito isto, estranha-se que a função de controlo seja caracterizada, no que à vertente ambiental diz respeito, por uma falta de clareza e de delimitação nos termos empregues para operacionalizar aquela função.

Inspeccionar, fiscalizar e auditar são expressões (e outras existem) por vezes utilizadas indistintamente. Ou então, existindo separação conceitual, aquelas mesmas expressões são utilizadas em muitos casos com significado diferente. Por exemplo, o que numa lei se entende por inspecção entende-se em lei diferente por fiscalização.

---

87 Institucionalmente consolidado pelo Decreto-Lei n.º 22/2006, de 2 de Fevereiro, e Portaria n.º 798/06, de 11 de Agosto, embora tenha surgido em 2001 como estrutura essencialmente vocacionada para colaborar com o Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território no que se refere ao cumprimento da legalidade ambiental.

88 Podem ser retirados ensinamentos do exemplo dado a conhecer pelo semanário *Expresso*, de 26 de Fevereiro de 2011, pp. 1 e 12 do caderno principal, referente às penalizações pelas falhas no controlo das verbas comunitárias para a agricultura. A multa (a expressão técnica é correcções), notificada em Janeiro de 2011, relativa aos anos de 2007 e 2008, aplicada pela Comissão Europeia ascende aos 121 milhões de euros. Já em 2010 Portugal tinha sido condenado a pagar 45 milhões de euros referentes aos apoios concedidos em 2006. A próxima penalização, adianta o artigo, pode chegar aos 300 milhões, face à reiteração das irregularidades, ou seja, por ausência de um sistema de controlo credível de controlo das ajudas directas da União Europeia aos agricultores portugueses.

Assim, interessa antes de mais precisar e, sendo caso disso, distinguir com rigor o que se quer dizer quando se emprega uma ou outra expressão. A questão não é formal. Não é o nome que está em causa. A questão é substancial, ou seja, a delimitação substantiva da matéria compreendida em cada uma daquelas expressões. Por várias razões, sendo porventura a mais importante a que diz respeito ao regime jurídico a aplicar.

Vamos, por agora, saltar esta questão e falar de inspecção ambiental, dando por adquirido que todos os destinatários têm uma noção (mais ou menos concreta) do que se pode ou deve entender por inspecção (cfr. anexo II da Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2006, *in* DR I-B, de 21 de Abril de 2006).

## 2. As novidades ao nível europeu sobre inspecções ambientais

Em termos de actividade, para além das muitíssimas atribuições impostas à Inspeção Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAOT), importa perspectivar o que aí vem em termos de novidade, em especial em termos de obrigações impostas pela União Europeia, que a não serem cumpridas levarão a uma situação de incumprimento do Estado português, com todas as consequências que daí advêm. Consequências, sublinho, não para a IGAOT, mas sim para o Estado português, ou seja, para todos nós.

Sem esgotar todas as situações, apresentamos quatro exemplos:

- a) Revisão dos critérios mínimos de inspecção;
- b) Nova directiva PCIP (prevenção e controlo integrado de poluição);
- c) Directiva SEVESO;
- d) Regulamento REACH.

A Recomendação 2001/331/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril, estabelece os critérios mínimos a que estão sujeitas as inspecções ambientais dos Estados-membros. Esta Recomendação teve os seus méritos e as suas vantagens. Passados alguns anos a Comissão, na sua Comunicação (COM(2007)707) ao Conselho, ao Parlamento, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, relativa à revisão daquela Recomendação, chega à conclusão que o âmbito de aplicação da mesma é inadequado e não inclui muitos domínios importantes. Acresce a não vinculatividade dos critérios em causa por força da natureza jurídica de uma Recomendação.

Na sessão plenária de 10 de Novembro de 2008, o Parlamento, entre várias considerações e propostas, insta a Comissão a apresentar uma proposta de



Directiva relativa às inspecções ambientais, clarificando os critérios e definições e alargando o âmbito de aplicação; opondo-se igualmente ao propósito da Comissão de fazer face ao problema apenas por intermédio de uma Recomendação não vinculativa e da introdução de requisitos específicos juridicamente vinculativos nos textos legislativos sectoriais (*sectorial legally binding rules*).

Até ao momento tem havido várias reuniões, com e entre a Comissão, o *Environment Policy Review Group*, a IMPEL e os diversos Estados-membros.

Uma coisa é certa: independentemente de ser adoptada uma Directiva ou de se manter o instrumento da Recomendação, esta imporá requisitos obrigatórios de inspecção (actualmente inexistentes) para diversos sectores da actividade económica. Mais: será alargado o campo de aplicação a matérias actualmente não incluídas. Nos projectos acrescentam-se áreas relacionadas com a Rede Natura 2000, as transferências ilícitas de resíduos, o registo e a autorização de substâncias químicas (REACH), organismos geneticamente modificados, limitação de certas substâncias perigosas nos equipamentos eléctricos e electrónicos, os sistemas baseados no princípio da responsabilidade do produtor, ou até mesmo o comércio de espécies ameaçadas de extinção.

Não nos podemos esquecer do objectivo destes diplomas comunitários: reforçar o cumprimento da legislação europeia em matéria de ambiente e contribuir para uma maior coerência (harmonização) na sua aplicação em todos os Estados-membros.

O regime da prevenção e controlo integrado de poluição (PCIP) provenientes de certas actividades estabelece medidas destinadas a evitar ou, quando tal não for possível, reduzir as emissões dessas actividades para o ar, água ou o solo, a prevenção e controlo do ruído e a produção de resíduos. O regime actual contido no Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto, transpõe o sistema criado e desenvolvido por algumas Directivas comunitárias.

O regime PCIP é um dos pilares em que assenta o edifício legislativo que visa alcançar um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo, onde podemos encontrar o procedimento da licença ambiental. Actualmente, ao regime de fiscalização e inspecção deste diploma não é imposta qualquer periodicidade vinculativa quanto à sua realização.

Foi aprovada nas instâncias comunitárias a nova Directiva PCIP, agora rebaptizada de Directiva de emissões industriais.

Esta nova Directiva, bastante extensa comparativamente com as anteriores, Directiva 2010/75/UE do Parlamento e do Conselho, de 24 de Novem-

bro de 2010<sup>89</sup>, veio alterar a matéria das inspecções ambientais às instalações industriais por ela abrangidas de uma forma significativa quanto ao seu conteúdo e com carácter obrigatório para as Inspecções ambientais dos Estados Membros quanto à sua forma.

Assim, de acordo com o artigo 23.º, com base nos planos de inspecção, a autoridade competente elabora periodicamente programas de inspecções ambientais de rotina que incluam a indicação da frequência das visitas no local para os diferentes tipos de instalações. O intervalo entre duas inspecções no local baseia-se numa apreciação sistemática dos riscos ambientais das instalações em causa e não pode ser superior a um ano, no caso das instalações que apresentem os riscos mais elevados, e a três anos, no caso das instalações que apresentem os riscos menos elevados.

Resumindo, onde antes não se fazia distinção quanto ao risco e não havia obrigatoriedade de inspeccionar todas as instalações industriais abrangidas pelo regime PCIP em intervalos de tempo obrigatório, encontramos agora aquela distinção e esta obrigatoriedade.

Em Julho de 2010 existiam 750 instalações industriais em Portugal abrangidas pelo regime PCIP. A tendência é para este número aumentar.

A matéria vulgarmente conhecida como SEVESO encontra no Decreto-Lei n.º 254/2007, de 12 de Julho, que transpõe Directivas comunitárias, a sua base legal. Neste diploma se estabelece o regime da prevenção de acidentes graves que envolvam substâncias perigosas e a limitação das suas consequências para o homem e o ambiente.

O artigo 28.º, n.º 5, estatui que todos os estabelecimentos de nível superior de perigosidade terão de ser inspeccionados no local pelo menos uma vez por ano.

Em Julho de 2010 existiam em Portugal 162 instalações abrangidas pelo regime SEVESO, sendo que 54 são de nível superior de perigosidade e 108 de nível inferior. A tendência é para estes números aumentarem.

Actualmente não se consegue cumprir a periodicidade mínima imposta de inspecções a instalações SEVESO. Nas instâncias comunitárias deverá ser apresentada em 2011 a nova Directiva SEVESO (que entre outras coisas terá de compatibilizar o regime existente com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, de 16 de Dezembro relativo à classificação, rotulagem e emba-

---

89 Publicada no JOUE de 17/12/2010, L 334, pp. 17 e ss.

lagem de substâncias e misturas). Afigura-se que a matéria das inspecções relativas a este tipo de instalações industriais não seja aligeirada, mas sim agravada.

O Regulamento (CE) n.º 1907/2006, de 18 de Dezembro relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição de substâncias químicas (REACH), estabelece nas suas 854 páginas a disciplina de uma das mais importantes matérias (a das substâncias químicas) ao nível europeu. As matérias contidas neste regulamento obrigam à sua conjugação com o Regulamento CLP e o Regulamento MAS, respectivamente o n.º 1272/2008, de 16 de Dezembro, relativo à classificação, rotulagem e embalagem de substâncias e misturas, e o n.º 765/2008, de 9 de Julho relativo aos requisitos de acreditação e fiscalização do mercado relativos à comercialização de produtos. Acresce que está em revisão, para se articular com o Regulamento REACH, a legislação sobre o controlo das substâncias tóxicas.

De acordo com o Regulamento REACH e considerando os seus artigos 117.º, 121.º, 125.º e 126.º, existem uma série de obrigações para os Estados-membros que implicam um sistema inspectivo forte quer no universo de alvos a inspecionar, quer na complexidade do próprio acto inspectivo.

O Fórum REACH criou um grupo de trabalho para desenvolver critérios mínimos para as inspecções REACH, tendo o documento sido já aprovado na reunião do Fórum em Maio de 2010, visando, assim, que os Estados-membros e os Estados EEA-EFTA o utilizem como uma base comum para as actividades de inspecção REACH.

O artigo 121.º do Regulamento REACH estabelece que os Estados-membros deverão implementar um sistema de medidas de controlo e de monitorização efectiva, devendo as inspecções ser planeadas, concretizadas e reportadas. O artigo 125.º requer que os Estados-membros mantenham um sistema oficial de controlo e o artigo 126.º requer que os Estados-membros tenham disposições e sanções aplicáveis aos incumprimentos do Regulamento, as quais deverão ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas. Ao abrigo dos artigos 117.º(1) e 127.º, os resultados das inspecções, das monitorizações e as sanções aplicadas deverão ter sido reportados à Comissão Europeia até 01/06/2010 e, após essa data, por cada período de 5 anos.

De acordo com o documento sobre os critérios mínimos para as inspecções REACH, as autoridades de *enforcement* deverão assegurar que têm recursos disponíveis para efectuar estas inspecções, os quais deverão ter as qualificações adequadas, devendo ser dotados de autoridade necessária para exercer acções de controlo nas actividades abrangidas pelo Regulamento. As autori-

dades de *enforcement* deverão proporcionar um programa de treino adequado e material de apoio actualizado aos inspectores REACH.

Para além destas quatro situações sumariamente expostas, outras há que demonstram o crescimento das atribuições da inspecção ambiental com a obrigatoriedade de cumprir temporalmente um conjunto mínimo de actos inspectivos, bem como o próprio conteúdo do acto inspectivo que agora se exige seja aprofundado. Quatro referências apenas: a matéria da responsabilidade ambiental; a matéria do comércio europeu de licenças de emissão; a matéria dos organismos geneticamente modificados; e a nova Directiva dos resíduos (Directiva 2008/98/CE, de 19 de Novembro) que no seu artigo 34.º, n.º 1, estabelece desde já que todos os sujeitos abrangidos pela aplicação deste diploma ficam sujeitos a inspecções periódicas adequadas.

Este breve apontamento sobre a função inspectiva com origem e obrigatoriedade comunitária teve como finalidade, para além de dar a conhecer o que a breve prazo será realidade, demonstrar a importância destas matérias para que elas não fiquem arredadas da futura LBA.<sup>90</sup>

A matéria da fiscalização *lato sensu* (incluindo inspecção e fiscalização *stricto sensu*) não pode, pois, ficar de fora, não pode deixar de ser referida numa LBA.

### 3. A distinção entre inspecções e fiscalizações

Algo que deve transparecer na futura LBA, embora não deva ser aí regulada, é a distinção entre inspecção e fiscalização. É hoje por demais evidente que se trata de duas diferentes realidades, com características e natureza distintas. Se nos tempos mais recentes o legislador tem sido mais cuidadoso, fazendo operar normativamente essa diferença, nem sempre tal ocorreu e por vezes assistimos a um descuido legislativo. São hoje, no entanto, muitas as situações onde aquela distinção é visível, só tendo pois de transpô-la para a nova LBA. Vejamos alguns exemplos:

---

<sup>90</sup> E a importância da função inspectiva no âmbito comunitário do ambiente tende a alargar-se. Durante as últimas duas décadas tem-se discutido a possibilidade de haver um nível de intervenção comunitário aquando, por exemplo, de movimentos transfronteiriços de resíduos ilegais. Trata-se de aproveitar a ideia e o sistema que já existe para as concentrações de empresas a nível comunitário, ou seja, através de poderes e sanções até agora inexistentes a nível comunitário e apenas visível no relacionamento União Europeia e Estados-membros. Por todos, Krämer, 2007: 461-462. Para uma ideia acerca do processo comunitário na concentração de empresas, Pego, 2007. Muito útil é a obra Mendes Pereira, 2009, com introdução (11-37) e anotações muito desenvolvidas.

- a) Lei da água (Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro), artigos 90.º, 91.º e 92.º;
- b) Regime de utilização dos recursos hídricos (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio), artigos 79.º e 80.º;
- c) Regime de prevenção de acidentes graves que envolvam substâncias perigosas – SEVESO (Decreto-Lei n.º 254/2007, de 12 de Julho) artigo 32.º;
- d) Regime de execução e garantia de cumprimento do regulamento relativo à criação de registo europeu das emissões e transferências de poluentes (Decreto-Lei n.º 127/2008, de 21 de Julho), artigo 70.º;
- e) Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade (Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho), artigo 40.º e 41.º;
- f) Regime Jurídico da REN (Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto), artigo 36.º;
- g) Regime de prevenção e controlo integrado da poluição – PCIP (Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto), artigo 31.º;
- h) Regime de colocação no mercado de pilhas e acumuladores e regime de recolha, tratamento e reciclagem e eliminação dos resíduos de pilhas e de acumuladores (Decreto-Lei n.º 6/2009, de 6 de Janeiro), artigo 27.º;
- i) Regime das actividades de distribuição, venda, prestação de serviços de aplicação de produtos fitofarmacêuticos (Decreto-Lei n.º 173/2005, de 21 de Outubro), artigo 25.º.

#### IV. INSTRUMENTOS SANCIONATÓRIOS DE TUTELA AMBIENTAL

Qual o actual estado da arte no que diz respeito quer aos crimes ambientais quer às contra-ordenações ambientais?

##### 1. Contra-ordenações ambientais

Começemos por estas últimas. Encontram hoje o seu quadro legislativo base na Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, a Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto (alterada pela Lei n.º 89/2009, de 31 de Agosto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 70/2009, de 1 de Outubro).<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Esta lei, conjuntamente com a lei da água e com a directiva relativa à responsabilidade ambiental, constituem três instrumentos que constataam a chegada do direito do ambiente à idade adulta, segundo Melo Rocha, 2006: 66 ss.

A feitura desta lei, na qual tive alguma responsabilidade, teve uma história não linear, ainda não conhecida totalmente, onde desde mudanças de ministro do ambiente, queda do Governo, a alterações unilaterais do texto proposto e introdução de um capítulo fora do objecto da mesma, tudo aconteceu. O seu impulso político deve-se ao então Secretário de Estado do Ambiente, José Eduardo Martins, estando então em funções o governo do PSD,<sup>92</sup> tendo, no entanto, sido aprovada pela Assembleia da República, sob proposta do Governo do PS.<sup>93/94</sup>

Não é nosso objectivo apresentar normativamente toda a Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais. No entanto, sempre se avança que esta lei e o actual quadro contra-ordenacional ambiental permitem afirmar estar-se hoje numa situação francamente boa de um ponto de vista procedimental. Questão bem diferente como se sabe é o da sua aplicação.

Antes da Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, as contra-ordenações por questões ambientais eram reguladas pelo regime geral das contra-ordenações e coimas constante do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.<sup>95</sup> Este é um regime contra-ordenacional que se aplica a todas as matérias, excepto naquelas áreas onde exista lei contra-ordenacional própria, algo desactualizado quer pelo tempo, quer dogmaticamente. Ainda hoje no artigo 17.º se refere como montante mínimo da coima a aplicar às pessoas singulares a quantia de € 3,74 e o máximo de € 3740,98.<sup>96</sup>

Mas tão importante como a elevação do valor das coimas, para que uma contra-ordenação se torne dissuasora de um comportamento ilícito, são as

---

92 XV Governo (2002-2004) (Durão Barroso).

93 XVII Governo (2005-2009) (José Sócrates).

94 Não é este o local para contar todo o processo de formação desta lei, embora ela o mereça. Aliás, não estão publicadas as últimas versões do projecto da lei, embora os primeiros esboços (distantes do texto final e ainda incompletos) se encontrem publicados nos relatórios anuais da Inspeção Geral do Ambiente. Uma 1.ª versão no *Relatório de Actividades de 2003*, IGA, 2004, pp. 539 a 576. E uma 2.ª versão no *Relatório de Actividades de 2004*, IGA, 2004, pp. 541 a 577. Sobre um destes projectos houve, aliás, um parecer do Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva com André Salgado Matos, não publicado e referido por Pereira da Silva, 2009b: 285, 31.

95 Alterado pelos Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro e Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro. Sobre a primeira destas alterações com interesse Machado, 1992: 295 a 321.

96 Incompreensivelmente, este regime ainda não foi alterado, embora tenha já havido trabalhos nesse sentido, Palma & Otero, 1996: 557 a 591.

matérias referentes quer às medidas cautelares e às sanções acessórias, quer à tramitação do processo contra-ordenacional.

Assim, o actual regime das contra-ordenações ambientais afigura-se-me bom, e o perigo que consistia na não adaptação dos diversos diplomas ambientais àquela nova lei foi gradualmente diminuindo, ao ponto de todos os grandes diplomas ambientais quer pela sua importância, quer pelo grau de utilização diária, estarem já adaptados à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais.<sup>97</sup>

Não significa isto que esta lei seja integralmente perfeita e não necessite de um ou outro retoque de pormenor. Bom seria que em outras matérias ambientais existisse legislação tal como temos actualmente para o processo contra-ordenacional ambiental. Tomemos o exemplo da contaminação dos solos. Não existe em Portugal lei sobre a contaminação dos solos.<sup>98</sup> Face a esta ausência aplicamos, como *soft law*, as normas canadianas de Ontário ou as normas holandesas, quer na imposição de melhores tecnologias disponíveis, aquando da emissão de licenças, quer na emissão de mandados. Mas em qualquer caso, por força do princípio da legalidade e da tipicidade, não pode haver contra-ordenação ou crime por um acto que configure tal situação.<sup>99</sup>

Contra-ordenação ambiental é o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para os quais se comine uma coima (artigo 1.º, n.º 2).<sup>100/101</sup> Não se foge aqui à definição formal conhecida quer do regime geral das contra-ordenações (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), quer da legislação penal (artigo 1.º do Código Penal - CP -, Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, e artigo 1.º, alínea *a*), do Código de Processo Penal - CPP -, Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro). Com efeito, prefere-se a segurança de uma definição formal à incerteza que uma definição material poderia apresen-

97 O último foi o regime geral dos resíduos, Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de Setembro, adaptado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de Junho. Dos regimes ainda não adaptados muitos são bagatelas e outros de pouquíssima utilização, que aos poucos irão sendo alterados.

98 Diferente é a situação legalmente acautelada da deposição de resíduos no solo.

99 Mas este não é exemplo único. Inexiste no nosso país quadro legal sobre cheiros.

100 Os artigos indicados sem a indicação da fonte referem-se ao quadro normativo da Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, na versão em vigor.

101 Costa, 2001: 1 a 11.

tar, mesmo que esta última seja jurídico-cientificamente mais apelativa.<sup>102</sup> As classificações formais nada nos dizem sobre o seu conteúdo, pelo que a qualificação de um comportamento como contra-ordenacional resulta de uma previsão legal a que a lei faz corresponder uma consequência, regra geral uma coima e por vezes, também, uma sanção acessória. Não deve, todavia, abandonar-se a procura de um conceito material de contra-ordenação, já que é ele em última análise a justificar o direito contra-ordenacional positivo e, mais importante, só um conceito materialmente operativo de contra-ordenação evita a discricionariedade do poder.<sup>103</sup>

O regime estabelecido na Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais aplica-se às contra-ordenações ambientais, mas igualmente à tramitação dos processos relativos a contra-ordenações com componentes de natureza ambiental, mas não classificadas como tal, de acordo com a nova redacção do artigo 2.º, n.º 2, e artigo 77.º. Evita-se, assim, haver dois regimes processuais quer num mesmo processo, com todas as desvantagens daí decorrentes, quer em diferentes processos, sem que haja justificação substancial que justifique tal. Num auto de notícia em que tenham sido imputadas duas infracções ao arguido, uma já qualificada de ambiental de acordo com a Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, e outra, embora em diploma ambiental, ainda não adaptado a esta nova lei, teriam de correr dois processos, já que as regras de tramitação processual a aplicar são e contêm diferentes soluções jurídicas (prazos, provas, reincidência, notificações, etc.). Num caso aplicar-se-ia a Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, enquanto no outro se utilizaria o regime geral das contra-ordenações e coimas constante do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro. Mas não apenas seria diferente a tramitação processual como também o seriam outras matérias, como por exemplo a respeitante ao destino das coimas (veja-se o artigo 73.º).<sup>104</sup> Aliás,

---

102 O legislador recorre com alguma frequência ao mecanismo da definição formal, nomeadamente em situações onde se adopte o princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*. Exemplos encontramos nas várias áreas do direito, como no direito fiscal ou mesmo na definição legal de sociedade comercial (artigo 1.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro).

103 Sumariamente e apenas em português, cfr. Dias & Andrade, 1997: 63 ss. Andrade, 1980-1981: 81 a 121. Dias, 2001: 33 ss, sobre o direito de mera ordenação social p. 135 ss. Dias, 2004: 102 ss., sobre o direito de mera ordenação social 144 ss. Dias, 1983: 317 a 336. Dias, 1983-1984: 263 ss. e Dias, 1984-1985: 7 ss. Marques da Silva, 2010: 169 a 180. Carvalho, 2008: 117 a 145. Lumbrales, 2006. Costa, 2007: 35 ss. Costa, 1983: 3 a 51. Moutinho, 2008. Pinto, 2002: 87 a 100. Pinto, 1997: 7 a 100. Correia, 1973: 257 a 281. Machado, 1986: 59 a 134. Antunes, 2011: 581 a 608. Prates, 2005: 145 a 165. Lopes Rocha, 1994: 9 a 104.

104 Esta foi uma das soluções que inexplicavelmente foi retirada da versão final, aquando da aprovação da Lei n.º 50/2006. Mais tarde e face ao problema prático e judicial criado, quem tinha retirado a norma



o mecanismo de conexão processual estabelecido no artigo 25.º do CPP e o princípio da economia processual imporiam, por si só, esta conclusão.

Não é este o momento para descrevermos e analisarmos o regime legal português das contra-ordenações ambientais, quer o geral, quer eventualmente algum aspecto de um concreto regime específico contra-ordenacional que incida sobre matéria ambiental. O que nos traz aqui é a revisão da LBA, em especial a sua incidência no regime sancionatório, quer penal, quer contra-ordenacional, enquanto meio de tutela ambiental.

No entanto, sempre se apontarão alguns traços distintivos, por comparação com o regime geral das contra-ordenações, do actual regime geral das contra-ordenações ambientais.

As contra-ordenações ambientais, tendo em conta a relevância dos direitos e interesses violados, classificam-se em: leves, graves e muito graves (artigo 21.º). É uma novidade, esta classificação, na área ambiental, mas não o é nos mais recentes regimes contra-ordenacionais que têm surgido em Portugal.<sup>105</sup>

As coimas podem ser aplicadas às pessoas colectivas públicas e privadas, independentemente da regularidade da sua constituição, bem como às sociedades e associações sem personalidade jurídica (artigo 8.º).<sup>106</sup>

Tal responsabilidade ocorre quando os factos tiverem sido praticados no exercício da respectiva actividade, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores.

Solução inovadora é a estatuída no n.º 3 do artigo 8.º. Os titulares dos órgãos de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada alguma contra-ordenação (e não os trabalhadores), incor-

---

deu a mão à palmatória, e veio na revisão operada pela Lei n.º 89/2009, de 31 de Agosto, consagrar o que antes tinha rejeitado. Intencionalmente não refiro nomes.

105 Entre outros regimes: contra-ordenações laborais (artigo 553.º do Código de Trabalho/2009, artigo 619.º do Código do Trabalho/2003, antes de igual modo no artigo 6.º da Lei n.º 116/99, de 4 de Agosto. O regime processual das contra-ordenações laborais encontra-se hoje na Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro); contra-ordenações relativas aos regimes contributivos do sistema previdencial da segurança social (artigo 232.º da Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro); contra-ordenações aeronáuticas (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de Janeiro); contra-ordenações no mercado de valores mobiliários (artigo 388.º do Código de Valores Mobiliários, Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro); contra-ordenações fiscais (artigo 113.º da Lei Geral Tributária, Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro); contra-ordenações rodoviárias (artigo 136.º do Código da Estrada, Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio); contra-ordenações dos seguros (artigos 212.º ss. do regime jurídico do acesso e exercício da actividade seguradora e resseguradora, Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril).

106 Com interesse mas com um outro quadro legal, Serra, 1999: 187 a 212. Sobre alguns problemas jurídico-processuais penais dos entes colectivos, Andrade, 2009: 98 ss.

rem na sanção prevista para o autor (a pessoa colectiva), especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infracção, não adoptem as medidas adequadas (e não qualquer uma) para lhe pôr termo de imediato, a não ser que lhes caiba sanção mais grave por força de outra disposição legal (ex.: penal).

As contra-ordenações ambientais são puníveis a título de dolo ou de negligência, sendo que nas contra-ordenações ambientais a negligência é sempre punível (já assim no artigo 47.º, n.º 4, da LBA).<sup>107</sup>

A tentativa nas contra-ordenações graves e muito graves é sempre punível, sendo os limites mínimos e máximos da respectiva coima reduzidos a metade.

O regime geral das contra-ordenações ambientais apresenta um conceito não unitário de autoria. Tal opção é intencional. Assim também no artigo 16.º, n.º 3, do regime geral das contra-ordenações após a alteração de Setembro de 1995.<sup>108</sup>

A moldura da coima nas contra-ordenações muito graves é elevada para o dobro nos seus limites mínimo e máximo quando a presença ou emissão de uma ou mais substâncias perigosas afecte gravemente a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente.

É punido como reincidente quem cometer uma infracção muito grave ou uma infracção grave praticada com dolo, depois de ter sido condenado por qualquer outra infracção.

É igualmente punido como reincidente quem cometer qualquer infracção depois de ter sido condenado por uma infracção muito grave ou por uma infracção grave praticada com dolo.

Em caso de reincidência, os limites mínimo e máximo da coima são elevados em um terço do respectivo valor.

Em caso de concurso de infracções, se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação ambiental, o arguido é responsabilizado por ambas as infracções, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes.

---

107 Encontramos por vezes muita dificuldade em termos de prova em imputação por dolo eventual, o que leva a que muitas infracções sejam aplicadas a título negligente.

108 Veja-se a anotação ao artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro de Oliveira Mendes & Cabral, 2009: 55 a 57. Ainda Pinto, 1997, 25 ss. Brito, 2009: 75 a 103. Com interesse, Sanchez, 2009: texto disponibilizado no sítio do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com tradução de Vânia Costa Ramos e revisão de Augusto Silva Dias.

Sendo o arguido punido a título de crime, podem, ainda assim, aplicar-se as sanções acessórias previstas para a respectiva contra-ordenação. Assim já no artigo 47.º, n.º 2, da LBA, embora agora com mais pormenor se estatua no artigo 28.º (de igual forma se prescrevia no artigo 20.º da lei geral das contra-ordenações; diferente do que se passa, por exemplo, no artigo 420.º do Código de Valores Mobiliários, onde se aplica simultaneamente e cumulativamente penas, coimas e sanções acessórias).<sup>109</sup>

Novidade digna de realce é a enunciação de sanções acessórias (artigos 29.º a 39.º), relativamente às infracções graves e muito graves, expressamente pensadas para a matéria ambiental. Embora se tivesse aproveitado as já existentes em termos de regime geral, adaptando-as à realidade ambiental, outras foram criadas, necessitando para a sua aplicação de serem determinadas por lei em concreto, e atender ao princípio da proporcionalidade. Na actual LBA, o artigo 47.º, n.º 3, estabelece algumas sanções acessórias, mas tal nunca foi regulamentado. Só na lei geral das contra-ordenações, e agora na Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, tal ocorreu.<sup>110</sup>

O procedimento pelas contra-ordenações graves e muito graves prescreve logo que sobre a prática da contra-ordenação haja decorrido o prazo de cinco anos, sem prejuízo das causas de interrupção e suspensão previstas no regime geral.

O procedimento pelas contra-ordenações leves prescreve logo que sobre a prática da contra-ordenação haja decorrido o prazo de três anos, sem prejuízo das causas de interrupção e suspensão previstas no regime geral.

O prazo de prescrição da coima e sanções acessórias é de três anos, no caso das contra-ordenações graves ou muito graves, e dois anos no caso de contra-ordenações leves.

Quando se revele necessário para a instrução do processo ou quando estejam em causa a saúde, segurança das pessoas e bens e o ambiente, a autoridade administrativa pode determinar uma ou mais medidas cautelares, sendo que estas, a exemplo das sanções acessórias, foram agora expressamente pensadas para a matéria ambiental.

109 Silva Dias, 2008: 230 a 234.

110 Amaral, 1994a: 373, refere que as sanções acessórias expressas na LBA não estão aí rigorosamente definidas, e, como não foram regulamentadas, elas não podem ser aplicadas, já que, conclui o referido Autor, no estado bruto em que se encontram “[...] realmente elas são praticamente ineficazes.”

Na matéria referente ao procedimento contra-ordenacional é de destacar, face ao sistema até então vigente, a temática das notificações. Procurou-se evitar atropelos dilatatórios que diariamente afluíam aos concretos processos contra-ordenacionais.

O auto de notícia, depois de confirmado pela autoridade administrativa e antes de ser tomada a decisão final, é notificado ao infractor conjuntamente com todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, para, no prazo de 15 dias úteis, se pronunciar por escrito sobre o que se lhe oferecer por conveniente.<sup>111</sup>

No mesmo prazo deve, querendo, apresentar resposta escrita, juntar os documentos probatórios de que disponha e arrolar testemunhas, até ao máximo de duas por cada facto, num total de sete. É assim que a importante matéria do direito de audiência e defesa do arguido se encontra hoje regulada.

Nas contra-ordenações leves e graves o arguido pode requer o pagamento da coima, o que reduz em 25% o montante mínimo legal estabelecido para os casos de negligência, isto se o arguido não for reincidente, e demonstrar ter cessado a conduta ilícita (artigo 49.º-A).

No final do processo judicial que conheça da impugnação ou da execução da decisão proferida em processo de contra-ordenação, e se esta tiver sido total ou parcialmente confirmada pelo tribunal, acresce ao valor da coima em dívida o pagamento de juros contados desde a data da notificação da decisão pela autoridade administrativa ao arguido, à taxa máxima estabelecida na lei fiscal.

Nas contra-ordenações leves, graves e muito graves, estas praticadas com negligência, pode proceder-se ao pagamento voluntário da coima desde que cesse a actuação ilícita. A coima será fixada pelo valor mínimo que corresponda ao tipo de infracção praticada, excepto em caso de reincidência.

A Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais veio estabelecer no seu artigo 56.º um processo sumaríssimo. Quando a reduzida gravidade da infracção e da culpa do agente o justificarem, pode a autoridade administrativa nos casos de infracções classificadas de leves, e antes de acusar formalmente o arguido, comunicar-lhe a decisão de aplicar uma sanção.

---

111 Encontramos aqui a consagração do direito de audiência e defesa nos processos de contra-ordenação estatuído expressamente no artigo 32.º, n.º 10, da CRP. Sobre alguns problemas constitucionais no processo de contra-ordenação, Rego, 2001: 12 a 25.

A decisão é escrita e contém a identificação do arguido, a descrição sumária dos factos imputados e a menção das disposições legais violadas e termina com a admoestação ou a indicação da coima concretamente aplicada.

O arguido é notificado da decisão e informado de que lhe assiste o direito de a recusar, no prazo de cinco dias úteis, e de que a recusa ou o silêncio do arguido neste prazo, o requerimento de qualquer diligência complementar, o incumprimento do comportamento exigido, o não pagamento da coima no prazo de 10 dias úteis após a notificação determinam o imediato prosseguimento do processo de contra-ordenação, ficando sem efeito a decisão referida.

Uma inovação digna de realce é a da criação do cadastro nacional das infracções ambientais. Tem este por objecto o registo e o tratamento das sanções principais e acessórias, bem como das medidas cautelares aplicadas em processo de contra-ordenação, e das decisões judiciais, relacionadas com aqueles processos, após decisão definitiva ou trânsito em julgado.

Estão, ainda, sujeitas a registo a suspensão, a prorrogação da suspensão e a revogação das decisões tomadas no processo de contra-ordenação.

Os dados constantes do cadastro podem ser publicamente divulgados nos casos de contra-ordenações muito graves e de reincidência envolvendo contra-ordenações graves.

Inexplicavelmente, não foi ainda regulamentado o cadastro nacional, embora tenha já existido um projecto de lei que não chegou a ser aprovado em Conselho de Ministros, tendo, entretanto, terminado funções o Governo responsável por aquele projecto.<sup>112</sup>

A Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais instituiu um Fundo de Intervenção Ambiental (artigo 69.º).<sup>113</sup>

O Fundo destina-se a prevenir e reparar danos resultantes de actividades lesivas para o ambiente, nomeadamente nos casos em que os responsáveis não os possam ressarcir em tempo útil.

O surgimento das leis justifica a sua aplicação, caso contrário não teriam razão de ser. Mas a sua aplicação envolve inteligência. Pior que uma má lei é a má aplicação de uma lei boa. O que resulta da prática judiciária no campo contra-ordenacional ambiental não tem resultado positivo.

Em juízo não se pode olhar para um processo contra-ordenacional como se ele fosse puro processo penal e tramitá-lo como tal. A prova tem de ser

---

112 O XVII Governo (2005-2009) (José Sócrates).

113 Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho, e Portaria n.º 485/2010, de 13 de Julho.

encarada de modo próprio, sem se recorrer aos clichés formalistas para invalidar um processo materialmente válido e de enorme importância em termos sociais, quer ambientalmente falando, quer, por vezes, em termos de saúde pública.<sup>114</sup>

Traga-se aqui à colação a questão controvertida de saber qual a estrutura da decisão em processo de contra-ordenação, ou melhor, como devem ser interpretados os elementos obrigatórios que a decisão condenatória deve conter, e como se deve qualificar o vício resultante da inobservância daqueles requisitos. Sejamos claros. De acordo com o artigo 58.º do regime geral das contra-ordenações a decisão condenatória segue a estrutura da sentença em processo penal (artigo 374.º do CPP). E os elementos obrigatórios a que a decisão deve atender são os constantes dos números 1, 2 e 3 do citado artigo 58.º.<sup>115</sup> Só que estes requisitos têm de ser observados num processo contra-ordenacional de uma forma simplificada e adequada à fase administrativa daquele processo, por comparação à sua observância no processo penal, onde a sua intensidade é plena. A não ser assim, não vale a pena existirem dois processos, mas apenas um de aplicação comum quer no âmbito penal, quer no âmbito contra-ordenacional. E quando o tribunal pede, exige, que na decisão condenatória da autoridade administrativa os requisitos obrigatórios sejam preenchidos com a mesma força, com a mesma intensidade, de igual forma à que deve ser observada na sentença judicial, está a tratar de igual forma duas realidades que são diferentes.

Não podemos esquecer que todo o arguido, antes de qualquer decisão condenatória, tem o direito constitucional (artigo 32.º, n.º 10, da CRP) a ser ouvido e a defender-se (artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações). No campo ambiental, o direito de audiência e defesa do arguido, consagrado no artigo 49.º da Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, é mais completo na sua exigência ao afirmar que, aquando da notificação do auto de notícia ao arguido, é este igualmente notificado de todos os elementos necessários para o conhecimento de todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, devendo apresentar na sua resposta as provas que entender por bem.

---

114 Sobre o processo de contra-ordenação, Eiras, 2010: 449 a 457. Aqui a pp. 452 se defende que a decisão condenatória da autoridade administrativa deve conter, no essencial, os elementos das decisões condenatórias (judiciais) em processo penal acrescidos de algumas especificidades.

115 Acresce nos processos de contra-ordenação ambiental a indicação contida no artigo 75.º da Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais, ou seja, a não aplicação da *reformatio in pejus*.

Ora, o que ocorre com frequência nos nossos tribunais é estes aplicarem no processo contra-ordenacional quer as normas, quer a qualificação e interpretação das mesmas, como se de um verdadeiro processo judicial de natureza penal se tratasse.

Com esta matéria relacionada, encontramos a qualificação a efectuar do vício que resulta da não observância (por não preenchimento, preenchimento defeituoso, ou densificação fraca na integração do requisito, segundo o juízo efectuado pelo tribunal no caso concreto) dos requisitos impostos no artigo 58.º do regime geral das contra-ordenações. Haverá uma irregularidade (artigos 118.º, n.º 1, e 123.º do CPP), ou estaremos face a um caso de nulidade (por aplicação subsidiária do artigo 379.º do CPP).<sup>116</sup> Independentemente da posição que se assuma nesta concreta questão,<sup>117</sup> o mais importante é prévio a este problema, ou seja, considerar como correcto ou não a valoração que o tribunal faz nos casos em que entende como não suficientemente preenchido o requisito ou requisitos da decisão administrativa, entendidos estes à luz do defendido no processo penal.

O objectivo do artigo 58.º do regime geral das contra-ordenações é possibilitar ao arguido um exercício efectivo do seu direito de defesa, devendo para tal ter um conhecimento perfeito dos factos, das provas e das normas que o incriminam. Ora, desde que as indicações contidas na decisão condenatória sejam minimamente suficientes para aquele objectivo se encontrar garantido, possibilitando o conhecimento, pelo arguido e posteriormente pelo tribunal, do racional processo lógico que levou à decisão, não deve o tribunal invalidar a dita decisão condenatória afirmando que o preenchimento daqueles requisitos tinha de ser mais intenso. Dito de outro modo, não deve o tribunal apreciar e valorar a decisão da autoridade administrativa com a força e a intensidade que devem ser visíveis numa decisão judicial em processo penal. A comparação das situações legitima uma proporcionalidade, simplicidade e celeridade diferentes no raciocínio da decisão administrativa e judicial. Acho útil dar a conhecer o decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra ao afirmar que porque a decisão administrativa “[...] é proferida no domínio de uma fase administrativa sujeita às características da celeridade e simplicidade

116 Conde Correia, 1999: em especial 139 ss. Também com interesse é ainda hoje o livro de Andrade: 1992.

117 Com defesa de posições divergentes nesta matéria, cfr. Oliveira Mendes & Cabral, 2009: 192 a 196 (a favor do vício nulidade), Simas Santos & Lopes de Sousa: 2011: 426 a 430 (a favor do vício nulidade). Beça Pereira, 2007: 115 e 116 (a favor do vício irregularidade).

aquele dever de fundamentação deve assumir uma dimensão menos intensa em relação a uma sentença. O que deverá ser patente para o arguido são as razões de facto e de direito que levaram à sua condenação, possibilitando-lhe um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial e, simultaneamente, já em sede de impugnação judicial ao tribunal conhecer o processo lógico da formação da decisão administrativa”.<sup>118</sup>

De um ponto de vista prático, parece-me a matéria suprarreferida tão ou mais importante do que estabelecer qual o vício da decisão administrativa se esta não cumprir materialmente as imposições do artigo 58.º aqui em causa. Sem querer desenvolver, sempre se dirá que antes de mais temos de saber qual a natureza jurídica de um processo de contra-ordenação. Se é, como habitual e tradicionalmente, denominado de ilícito administrativo, ou se é de um verdadeiro direito penal que se trata, seja ele secundário, especial ou apresente um outro qualquer qualificativo. Não é este o momento para nos alongarmos nesta sede, embora sempre se diga que me parece claro que hoje é de um verdadeiro direito penal que se trata, com particularidades, é óbvio, e que como tal deve ser entendido. Sendo a estrutura decisória formal da decisão proferida pela autoridade administrativa e da decisão condenatória em processo penal muito idênticas, aplicando-se subsidiariamente o processo penal (artigo 41.º para o regime processual, e artigo 32.º para o regime substantivo), inclino-me para qualificar o vício de violação do artigo 58º como de nulidade por aplicação subsidiária do Código de Processo Penal,<sup>119</sup> embora reconheça que a aplicação integral dos artigos deste código sem mais ao processo contra-ordenacional levanta algumas dificuldades de concatenação, pelo que se preferiria uma alteração legislativa ao regime geral das contra-ordenações onde se estipulasse o concreto regime a aplicar em caso de violação do artigo 58.º.<sup>120</sup>

Embora o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que estabeleceu o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, não seja um exemplo de boa legislação, como anteriormente já referimos, o seu preâmbulo sintetiza com lucidez alguns problemas que se colocam a um regime jurídico de

---

118 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4/6/2003, in CJ, 2003-III, p. 40.

119 Embora a violação a alguns dos requisitos possa ser sanável.

120 Sobre a interpretação dos artigos do Código de Processo Penal que aqui nos podem interessar (artigos 123.º, 374.º, 379.º e 380.º), cfr., Pinto Albuquerque, 2008: 312 ss., 943 ss., 962 ss. e 967 ss. Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, 2009: 310 ss., 949 ss., 962 ss. e 964 ss.



responsabilidade ambiental. Para que este regime não venha a sofrer de um défice de tutela jurídica, ele tem de ultrapassar pelo menos cinco tipos de problemas: “i) a dispersão dos danos ambientais, em que o lesado, numa análise custo benefício, se vê desincentivado de demandar o poluidor; ii) a concausalidade na produção de danos, que em matéria ambiental conhece particular agudeza em razão do carácter técnico e científico e é susceptível de impedir a efectivação da responsabilidade; iii) o período de latência das causas dos danos ambientais, que leva a que um dano só se manifeste muito depois da produção do(s) facto(s) que estão na sua origem; iv) a dificuldade técnica de provar que uma causa é apta a produzir o dano (e, conseqüentemente, de o imputar ao respectivo autor), e, por último, v) a questão de garantir que o poluidor tem a capacidade financeira suficiente para suportar os custos de reparação e a internalização do custo social gerado.”<sup>121</sup>

Assim, julgo que se pode aproveitar os ensinamentos doutrinários e até legislativos que se vão produzindo em várias latitudes, para em termos de prova e imputação na matéria ambiental, mesmo em terreno sancionatório contra-ordenacional, e sem eliminar o princípio da legalidade, tais matérias serem olhadas de um modo diferente, o que não quer dizer de um modo mais ligeiro. Ou seja, um sistema em que domine a prova vírgula a vírgula, com tudo muito bem encadeado e certinho, onde toda a prova tem de ser líquida (*liquide Beweismittel*) e oferecida de bandeja, não pode ser transposta para o domínio contra-ordenacional ambiental face às suas especificidades técnicas, científicas e de concausalidade. Aquela prova absoluta, plena, irrefutável, não admitindo prova em contrário (*unwiderlegbarer Beweis*) dificilmente poderá aqui ocorrer. Resumindo: o paradigma da responsabilidade, civil, contra-ordenacional e até penal na matéria ambiental, em todos os seus conhecidos e tradicionais pressupostos, tem de ser substituído por um outro que, sem abdicar de mínimos no preenchimento dos seus pressupostos (porventura reformulados e diferentemente preenchidos), esteja mais preocupado com o ambiente e com a saúde pública. Um paradigma em que o preenchimento da forma (e de alguns rituais) não se sobreponha à materialidade subjacente à causa.

Um exemplo fora da área ambiental tem despertado a doutrina para a concatenação entre a ordem jurídico-penal, mais concretamente, entre o Código

121 Com interesse, veja-se uma muito boa introdução aos problemas que se levantam na responsabilidade civil ambiental à matéria da causa e da imputação em Oliveira, 2007.

de Processo Penal e concretos processos sancionatórios, nomeadamente o processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência, e o procedimento de supervisão dos mercados de valores mobiliários. Embora sejam diferentes as questões que se colocam a estes dois domínios, uma conclusão se pode retirar: estamos perante procedimentos que exigem uma aplicação diferente daquela que o processo penal impõe. Ou seja, o puro decalque integral das normas processuais penais e da sua interpretação não pode aqui operar.<sup>122</sup>

Não se desconhece que Autores defendem mesmo a criação de um novo ramo do direito: um direito de intervenção (*Interventionsrecht*), que seria a resposta compatível e indicada para os novos riscos da sociedade (ambientais, económicos, financeiros, de consumo, entre outros).<sup>123</sup>

A pouca formação nas matérias ambientais dos juízes e do Ministério Público pode legitimamente justificar deficientes decisões, mas não pode ser fundamento para erros que têm na sua base a falta de estudo nas matérias em causa. Sentenças proferidas em processos de contra-ordenação qualificadas de muito grave onde, após a confirmação de todos os factos e sua gravidade, se profere uma simples admoestação, situação que a própria Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais não permite, são infelizmente constantes.

Como incompreensível continua a ser nos dias de hoje a confusão (?) feita em muitos tribunais entre o dano ecológico e o dano ambiental. Com a consequência de se “resolver” grandes problemas ambientais através do direito da personalidade, sem nunca a decisão judicial deixar de ser abrilhantada, tal exercício de decoração de interiores, com a citação do artigo 66.º da CRP. Serve assim a expressão constitucional “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado” como moldura a toda a decisão em que surja um pretense e auto invocado direito ao ambiente, sem se cuidar de precisar com rigor qual o direito (em muitas situações subjectivo) que está a ser violado.

---

122 Sobre as questões aqui apenas enunciadas, cfr. Dias, Andrade & Pinto, 2009. Silva Dias & Ramos, 2009. Silva Dias, 2010: 13 a 38. Sousa Mendes, 2009: 209 a 224. Sousa Mendes, 2010. Ainda todos os artigos incluídos no dossier temático I (*O dever de colaboração e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*) da *Revista de Concorrência & Regulação (C&R)*, nº 1, Janeiro-Março de 2010.

123 Hassemer: 1996. Este Autor desferiu uma violenta crítica à utilização do direito penal na protecção do ambiente, propondo o novo direito de intervenção (p. 328), que reuniria todas as franjas dos outros ramos do direito que tenham uma relação directa com o denominado direito ambiental. Analisando esta proposta e rejeitando-a, Pereira da Silva, 2002: 280.

Tais são maioritariamente os casos de conflitos em sede de relações de vizinhança (por exemplo ruído), em que se assiste a um decidir com fundamento no direito da propriedade (cada vez menos), a um invocar do direito da personalidade (a solução grandemente maioritária). E, chegados aqui, ou se compõe o ramalhete chamando à colação o artigo 66.º da CRP e falando então de “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”, ou então consagra-se o ambiente como direito de personalidade.<sup>124/125</sup>

Igualmente de difícil qualificação são situações em que nem a autoridade administrativa nem o arguido invocam ou põem em causa um facto, mas em que o tribunal, sem cuidar do fundo da causa, resolve tudo invalidar tornando nula a decisão, apenas porque não existe prova no processo de que o combustível que estava num depósito que alimentava uma determinada máquina fabril era de facto gasóleo. Pouco interessava ao processo este facto, nenhuma parte invocou tal, mas o tribunal resolveu de modo próprio agarrar-se a esta “falta de prova” para estatisticamente resolver um processo, mesmo que ambientalmente o problema não tenha sido resolvido.

Para já não falar de situações em que o tribunal exige saber qual dos trabalhadores da empresa arguida é o responsável pela descarga poluente efectuada por aquela empresa, sob pena, como faz, de arquivar o processo. Se o sujeito de direito e a pessoa que tem legitimidade jurídica é a sociedade, isso não interessa. Tem que se provar qual o trabalhador, daquelas centenas que trabalham na refinaria, por exemplo, que é responsável (?) pela descarga ou outra infracção ambiental.<sup>126</sup>

---

124 Já em texto publicado em 1996, José Manuel Araújo Barros, juiz de direito, chamava a atenção para esta situação (Barros, 1996: em especial 198 ss.). Confirma esta situação em 2008, Branca Martins da Cruz (Cruz, 1998).

125 Coisa diferente é a aplicação de um direito privado do ambiente. Não somos daqueles que entendem que o direito do ambiente deve ter e só uma natureza pública, de substrato constitucional-administrativo. Se o direito do ambiente tem sido, e continua a ser, desenvolvido e defendido primordialmente nas áreas do direito público, é bem verdade que o direito privado mais recente tem mostrado uma apetência pela defesa do bem ambiental, o que é bom para o próprio ambiente. Cfr. Cordeiro, 1996. Cordeiro, 2001-III: em especial 1245 ss. Albuquerque, 2009: 8. Este acórdão pode ser consultado em [www.dgsi.pt/jstj.nsf](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf). Capelo de Sousa, 1995: 295 a 301. Vasconcelos, 2006: em especial 70 a 72.

126 Costa, 1992: 537 a 559.

## 2. Crimes ambientais

O direito penal é um ramo de direito subsidiário, constitui a *ultima ratio* da intervenção estatal na tutela dos valores e interesses fundamentais. Só deve intervir quando o bem jurídico é afectado de forma relevante.

O direito penal só deve intervir se a tutela dos interesses não puder ser realizada por outros ramos do direito.<sup>127</sup>

É necessário que exista, no âmbito do direito ambiental, um sistema sancionatório de carácter punitivo, o qual deve começar por ser de tipo contra-ordenacional.<sup>128</sup>

O “naco de leão”, na expressão de Paulo de Sousa Mendes, do direito punitivo do ambiente deve pertencer ao direito de mera ordenação social.<sup>129</sup>

O problema não se coloca hoje ao nível de saber se vale a pena ou não o direito penal do ambiente. Cada vez mais o ambiente merece ser considerado um bem jurídico-penal.<sup>130</sup> Como afirma o conselheiro Souto Moura, “[...] cada vez mais o ambiente merece ser considerado um bem jurídico-penal. Cada vez mais a sua protecção se mostra imprescindível, porque cada vez mais existe a percepção do comprometimento a prazo da vida sobre a terra”.<sup>131</sup>

Como refere Augusto Silva Dias, em passagem que merece ser transcrita, “[...] a tutela jurídico-penal de novos bens jurídicos, como o ambiente, só se justifica quando a questão ecológica se torna tema de debate público e se forma em torno dela uma consciência ambiental crescente, com importantes reflexos jurídico-constitucionais. Isto não significa que o legislador penal tenha de esperar pela formação de uma consciência ecológica consolidada e generalizadamente enraizada para intervir, mas tão só que é necessária a percepção de que a questão ambiental é experimentada como socialmente relevante, que ela penetrou no debate público alicerçada num conjunto de boas razões susceptíveis de produzir um entendimento fundamentado quanto à necessidade e às linhas gerais da sua protecção jurídica. Verificado este pressuposto, nada obsta a que as normas jurídico-penais que protegem o ambiente desempenhem reflexamente uma função promocional, alertando

---

127 Andrade, 1992. Palma, 2006.

128 Assim, Moura, 2008: 366.

129 Sousa Mendes, 2008: 139, referindo-se ao direito do ambiente de carácter repressivo.

130 Pinto, 2000. Ferreira da Cunha, 1995: 417 ss.

131 Moura, 2008: 364. O negrito é do original.

para a elevada relevância ético-social desse bem jurídico e contribuindo para o seu esforço na consciência normativa da sociedade. Mas tal função é, como dissemos, reflexa, isto é, só pode ser realizada em estreita ligação e na dependência de uma certa *'sittenhaltenden Kraft'* geral das normas jurídico-penais, que é quanto basta para as privar de quaisquer pretensões vanguardistas de gestão do progresso e da mudança sociais.”<sup>132</sup>

Ora, não restam hoje dúvidas que a preocupação com o ambiente é “uma atitude em ascensão na hierarquia das preocupações da existência humana convivente”.<sup>133</sup>

A questão actual reside em saber qual o grau de intervenção do direito penal no ambiente. Ou seja: respeita à eficácia dessa intervenção, considerando, entre outras variáveis, o grau de paralisia do aparelho judiciário, nas palavras do conselheiro Souto Moura.<sup>134</sup>

Os crimes ambientais estão consagrados no Código Penal no seu capítulo III, epígrafado “Dos crimes de perigo comum”. Encontramos aí dois tipos incriminadores, cujo bem jurídico protegido é o ambiente. O artigo 278.º (danos contra a natureza)<sup>135</sup> e o artigo 279.º (poluição).<sup>136</sup>

132 Silva Dias, 2008: 597-598.

133 Garcia, 2007: 384.

134 Moura, 2008: 365.

135 Artigo 278.º (Danos contra a natureza)

1. Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:

a) Eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção;  
b) Destruir habitat natural protegido ou habitat natural causando a este perdas em espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas ou em número significativo;  
c) Afectar gravemente recursos do subsolo;

é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Quem comercializar ou detiver para comercialização exemplar de fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 120 dias.

3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

136 Artigo 279.º (Poluição).

1. Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:

a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades;  
b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou  
c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza;  
de forma grave, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias.

Para lá destes, podemos ainda apontar o artigo 280.º (poluição com perigo comum).<sup>137</sup> Neste caso o bem jurídico protegido é a vida, a integridade física e o património de outrem, e desde 2007 também os bens supra individuais, como os monumentos culturais e históricos, e só indirectamente a preservação da natureza. Ou seja, é um crime pluri-ofensivo em que de forma imediata o bem jurídico não tem que ver com o ambiente.<sup>138</sup>

Recentemente foram introduzidos, pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, que procedeu à 25.ª alteração ao Código Penal, dois outros tipos que vieram consagrar os crimes urbanísticos, e em que imediatamente o bem jurídico em causa não é o ambiente. O do artigo 278.º-A (violação de regras urbanísticas)<sup>139</sup> e o do artigo 382.º-A (violação de regras urbanísticas por funcionário).<sup>140/141</sup>

2. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

3. Para os efeitos dos números anteriores, o agente actua de forma grave quando:

- a) Prejudicar, de modo duradouro, o bem-estar das pessoas na fruição da natureza;
- b) Impedir, de modo duradouro, a utilização de recurso natural; ou
- c) Criar o perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas.

137 Artigo 280.º (Poluição com perigo comum)

Quem mediante conduta descrita nas alíneas do n.º 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, para bens patrimoniais alheios de valor elevado ou para monumentos culturais ou históricos, é punido com pena de prisão:

- a) De um a oito anos, se a conduta e a criação do perigo forem dolosas;
- b) Até cinco anos, se a conduta for dolosa e a criação do perigo ocorrer por negligência.

138 Sobre estes artigos, cfr. Pinto de Albuquerque, 2008.

139 Artigo 278.º -A (Violação de regras urbanísticas).

1. Quem proceder a obra de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel que incida sobre via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal, consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas aplicáveis, é punido com pena de prisão até três anos ou multa.

2. Não são puníveis as obras de escassa relevância urbanística, assim classificadas por lei.

3. As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelo crime previsto no n.º 1 do presente artigo.

4. Pode o tribunal ordenar, na decisão de condenação, a demolição da obra ou a restituição do solo ao estado anterior, à custa do autor do facto.

140 Artigo 382.º -A (Violação de regras urbanísticas por funcionário).

1. O funcionário que informe ou decida favoravelmente processo de licenciamento ou de autorização ou preste neste informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis, consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas, é punido com pena de prisão até três anos ou multa.

2. Se o objecto da licença ou autorização incidir sobre via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou multa.»

141 Sobre estes novos crimes urbanísticos Lopes, 2011: 65 a 83.

A importância do direito penal do ambiente e a urgência da sua protecção é visível também ao nível da União Europeia.<sup>142</sup>

Em 2003, surgiu a Decisão-Quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro, que obrigava os Estados-membros a preverem sanções penais para sancionar as infracções em matéria de ambiente definidas nessa decisão.

A Comissão solicitou ao TJCE (acórdão de 13 de Setembro de 2005, processo C-176/03 – Comissão/Conselho) a anulação daquela Decisão por entender que tal competência resultava de um instrumento comunitário já existente<sup>143</sup>

Posteriormente surgiu a Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Novembro de 2008,<sup>144</sup> relativa à protecção do ambiente através do direito penal, cujo artigo 8.º estatui que “Os estados-membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva antes de 26 de Dezembro de 2010”.<sup>145</sup>

Aguarda-se a transposição desta directiva, a ser efectuada já fora do prazo, e os modos dessa transposição, considerando o extensíssimo anexo A da directiva.<sup>146</sup>

Na sequência da conferência a nível de peritos do projecto Augias realizada em Budapeste em 24 e 25 de Março de 2011, na qual foi lançada uma plataforma de combate aos crimes relacionados com o ambiente, a “EnviCrimeNet”, o grupo de aplicação da lei, nas reuniões de 5 de Abril e 13 de Maio de 2011, debateu a proposta da presidência de se adoptar uma proposta de resolução do Conselho sobre a criação de tal rede e deu o seu acordo a essa proposta, que visa impulsionar esta área específica da cooperação policial, criando-se assim uma rede informal de combate à criminalidade

142 Sobre a situação anterior às actuais iniciativas legislativas da UE no que concerne ao *enforcement* dado pelo direito penal à protecção do ambiente é útil Faure & Heine, 2000.

143 Este acórdão pode ser consultado na *Revista do Ministério Público*, n.º 107, 2006, 177 a 188. Sobre este acórdão e igualmente na *Revista do Ministério Público*, n.º 107, 2006, cfr. Ferro, 2006, e, ainda nesta revista, de Amado Gomes, 2005a. Duarte, 2005: 341-370.

144 In JOCE L328, de 6/12/2008.

145 Isenberg, 2009.

146 No dia 16 de Junho de 2011 a Comissão Europeia deu um prazo de dois meses aos dez países que ainda não transpuseram a directiva sob pena de o executivo comunitário recorrer para o tribunal de justiça da UE. Os dez países em falta são: Portugal, Chipre, República Checa, Alemanha, Grécia, Itália, Lituânia, Malta, Roménia e Eslovénia.

ambiental (doc. 10291/11 ENFOPOL 152 ENV 368, de 20 de Maio de 2011, do Conselho da União Europeia).

Um dos problemas da incriminação penal ambiental é hoje o da ausência de tipificação em situações onde tal se justificava, bem como o conteúdo da tipificação nalguns casos. Diga-se desde já que é muito difícil de preencher o tipo, bem como de provar em juízo o que o tipo objectivo pede.<sup>147</sup>

A moldura penal nos crimes previstos nos artigos 278.º e 279.º aponta para uma pena de prisão até três anos. Mas se o crime for o de poluição com perigo comum (artigo 280.º), a pena de prisão pode ir até 8 anos. Em qualquer caso a realidade mostra que a pena aplicada é sempre suspensa. Vejamos alguns exemplos:

- a) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9/7/2008 (relator Alberto Mira), artigo 280.º, alínea *a*); 22 meses de prisão, suspensa a execução por 22 meses;
- b) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/2/2006 (relator Inácio Monteiro), artigo 279.º, n.º 1, alínea *c*), e artigo 280.º, n.º 1, alínea *a*); 18 meses de prisão, suspensa a execução por 3 anos;
- c) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27/4/2005 (relator André da Silva), artigo 280.º, alínea *b*), e artigo 279.º, n.º 1, alínea *c*); 8 meses de prisão, suspensa a execução por 2 anos;
- d) Decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Leiria, de 4 de Dezembro de 2006, artigo 279.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 3; 9 meses de prisão, suspensa a execução por 9 meses;
- e) Decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Porto Mós, de 8/1/2009, artigo 279.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 3, alíneas *a*), *b*) e *c*); suspensão pelo período de um ano mediante a imposição de injunções.

Grande parte dos atentados ambientais isoladamente considerados são pouco lesivos e apenas a reiteração da conduta conduz à lesão efectiva do ambiente com repercussões nos bens individuais, na vida e na saúde das pessoas. Paulo de Sousa Mendes fala em micro agressões contra o ambiente, cujo significado negativo está nas temíveis sinergias associadas aos comportamentos de massa.<sup>148</sup>

---

147 É útil a leitura do artigo de Faure, 2010.

148 Sousa Mendes, 2008: 16.



Grande parte desses danos só se irá concretizar no futuro. Face à sociedade de risco em que vivemos, muitos defendem um direito penal preventivo a par do direito penal reactivo tradicional.

Uma outra característica do direito penal clássico relaciona-se com a natureza individual da sua responsabilidade, que impede a responsabilização das pessoas colectivas.

O artigo 11.º do Código Penal na sua versão actual estatui no seu n.º 2 a possibilidade de se responsabilizar as pessoas colectivas em vários ilícitos, entre eles os crimes ambientais.<sup>149</sup>

Há que considerar ainda que com a reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) foram aditados ao Código Penal os artigos 90.º-A a 90.º-M, estando agora previstas para as pessoas colectivas as penas principais de multa e dissolução; as penas substitutivas de admoestação, vigilância judiciária e caução de boa conduta; e as penas acessórias de injunção judiciária, interdição de exercício de actividade, proibição de celebrar certos contratos ou com determinadas entidades, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, encerramento de estabelecimento, e de publicidade da decisão condenatória.

Actualmente, o direito penal do ambiente vai deixando de ser um direito penal simbólico, ou seja, um direito penal que nunca ou raramente se aplica, embora continue a demonstrar muita dificuldade em termos de prova e no estabelecimento das relações de causalidade.

A forma normal, primeira e decisiva de qualquer política ambiental se implementar juridicamente é através do direito administrativo

A regulamentação dos procedimentos tem um carácter fundamentalmente preventivo, prévio à actividade dos administrados. As actividades que mais riscos comportam são relativamente proibidas e em regra licenciáveis. São os agentes administrativos que estão melhor colocados para zelar pela qualidade do ambiente (concedem licenças, fazem vistorias, inspecções, avaliam o impacte ambiental).

Ao nível normativo, a produção de regulamentos pela administração é especialmente conveniente pela sua flexibilidade, adaptando-se a uma realidade mutável. Surgem assim as MTD (melhores tecnologias disponíveis).

---

149 Torrão, 2010. Marques da Silva, 2009. Godinho, 2007. Meireles, 2006. Bandeira, 2004. Matta, 2001. Já muito datado, Castro e Sousa, 1985. Recentemente, Serra & Sánchez 2010, vieram defender a inconstitucionalidade das normas em causa. Muito interessante Brito, 2010: 41 a 71.

Em muitas infracções o que está em causa não são as condições de sobrevivência da sociedade, mas a construção de uma certa ordem social, que até podia ser diferente.

Nestas situações, o desvalor da actuação do agente reside numa desobediência e a aplicação da coima, com ou sem sanções acessórias, apresenta vantagens em termos de celeridade.

Assim, a estruturação dogmática dos crimes ambientais tem de traduzir uma relação determinada com a ordem administrativa.<sup>150</sup>

A relação poderia ser de *dependência total* (se não houvesse contra-ordenações). Os comportamentos seriam criminalizados em termos de crimes de desobediência ou de perigo abstracto. Mas nestes casos só indirectamente o bem ambiente seria protegido, o que estaria a ser tutelado seria a vontade da administração em matéria de ambiente.

A relação poderia ser de *independência total* entre a ordem administrativa e a penal. Os crimes ambientais seriam crimes de perigo concreto. Surgiriam aqui graves dificuldades de prova. Estes tipos de crimes são normalmente pluri-ofensivos, em que se protege em primeiro lugar a saúde ou a vida e só mediatamente o ambiente.

Na relação de *dependência moderada* o meio repressivo normal é o das contra-ordenações. Reserva-se o direito penal para os atentados graves ao ambiente. Na definição desses crimes far-se-ão intervir conceitos indeterminados, dados dos regulamentos administrativos que estipulam quotas ou níveis, ou então prevê-se como pressuposto a intervenção no terreno de agentes administrativos a quem se desobedeceu. Nesta orientação estes crimes serão tendencialmente de dano.

É esta a opção do nosso legislador.

Considerando que o bem jurídico é o interesse que deve ser protegido em nome de uma ordem social que se pretende ver instaurada, aferindo-se a relevância da lesão dos bens jurídicos pela danosidade social dos comportamentos, o ambiente enquanto bem jurídico penal deixa de se confundir com a vida, a saúde ou o património.

A lesão ocorrida, este dano, transcende o conflito agente-vítima porque atinge o tecido social global.

Para além de poder haver crimes sem vítima, os bens jurídicos não têm que ser todos individuais. A realização social do indivíduo também passa

---

<sup>150</sup> Seguimos aqui de perto Moura, 2008: 366 ss. Com interesse Rita Castanheira Neves, 2009: 301 ss.

pela protecção de bens comunitários, supra-individuais, de que o ambiente é exemplo

Em 1995 introduziu-se o crime de danos contra a natureza e procedeu-se à criminalização da poluição.<sup>151</sup>

Em 2007 reforçou-se a tutela deste bem jurídico já antes protegido.

Os tipos incriminadores contidos nos artigos 278.º e 279.º do Código Penal encontram hoje uma aplicação menos difícil por comparação com a sua versão inicial. Não se escondendo a dificuldade em legislar nestas matérias, ou seja, reconhecendo que não é fácil redigir estes tipos incriminadores face à obrigatória articulação com o direito administrativo e a uma mais ou menos intensa acessoriedade, bem como ao elevado e mutável carácter técnico extrajurídico que obrigatoriamente tem de estar presentes neste tipo de incriminação, não pode, contudo, deixar de se referir que mesmo a versão actual das normas em causa aponta para algumas incongruências, alguns desfasamentos entre elas, e como tal revela, por vezes, muita dificuldade na sua interpretação e consequente aplicação. Normas mais enxutas, simples e lineares impunham-se aqui, sob pena de comprometer a eficácia do direito penal do ambiente.

Não é este o local para se desmontar hermeneuticamente estes normativos.<sup>152</sup>

Se as expressões “esgotar” recursos, “forma grave”, visíveis na versão inicial do artigo 278.º desapareceram, este crime apresenta, no entanto, uma estrutura complexa

Na actual alínea *a)* do n.º 1, a referência a “eliminação de exemplares de fauna e flora” não faz distinção se estes se encontram protegidos ou não, ou se, o estando, se se encontram ou não ameaçados.

Continuam a utilizar-se conceitos indeterminados como “número significativo”, “perdas significativas”, ou “afecção grave”. Todos conceitos de difícil preenchimento e de difícil prova.

---

151 Sobre os crimes ambientais, sumariamente e em português, Silva Dias, 2008b: 762 ss. Silva Dias, 1995. Moura, 2008. Moura, 1994. Moura, 1992. Marques, 1999. Felino Rodrigues, 2008. Faria, 2008. Faria, 2006. Faria, 1999. Ferrari, 2003. Vouyoucas, 1992. Dias, 2005. Dias, 2003. Dias, 2001b. Dias, 1978. Lopes Rocha, 1987. Borges, 2000. Santos, 2002. Palma, 1995. Palma, 1994: 431 a 448. Rodrigues, 1999: 944 a 978. Brito, 1995: 331 a 367. Silveira, 1995: 39 a 387. Marques da Silva, 2003. Bravo, 1997: 31 a 44. Albuquerque, 1997: 16 a 49. O objectivo desta nota é apenas dar referência dos principais e mais recentes escritos em língua portuguesa sobre os crimes ambientais. A bibliografia estrangeira é hoje inabarcável, com destaque, quanto a mim, para a de língua anglo-saxónica.

152 Com interesse, levantando várias questões que lhe suscita a interpretação dos artigos referentes aos crimes ambientais, Faria, 2008.

A redacção actual do artigo 279.º procedeu a uma alteração no domínio da poluição, esta deixou de ser em medida inadmissível e passou a ser a poluição de forma grave.

A nova redacção secundarizou a desobediência, já que a prevê como mera possibilidade de preenchimento do tipo, ao lado do desrespeito das normas.

As sanções previstas para estes crimes previstos e punidos nos artigos 278.º e 279.º mantiveram-se: penas de prisão até três anos ou multa até 600 dias.

O artigo 278.º e 279.º são considerados *normas penais em branco ou tipos abertos*, ou seja apelam a normas jurídicas extra penais como forma de ver definido o seu conteúdo.

Confere-se a estas normas extrapenais o *valor de um parâmetro interpretativo* no contexto do tipo legal de crime como um todo. Assim, maioritariamente a doutrina,<sup>153</sup> e o Tribunal Constitucional.<sup>154</sup>

Crimes acumulativos ou aditivos é uma expressão utilizada quando uma lesão grave no bem jurídico colectivo só é alcançada somando muitas condutas individuais que em si mesmas não alcançam relevância jurídico-penal. São situações de dano ambiental acumulado (*'public accumulative harm'*).<sup>155</sup>

Nas situações subsumíveis a esta realidade duas questões têm que ser respondidas:

- a) Como punir o agente que dá o primeiro contributo para a situação, se face a esse contributo não há ainda qualquer perigo para a qualidade do ambiente?
- b) E quando o perigo efectivo para o ambiente surge de posterior actuação, com que legitimidade se punirá esta, ignorando os contributos precedentes?

Os fundamentos dogmáticos da doutrina penal colidem com uma resposta de incriminação positiva às questões anteriores. Haverá aqui uma eventual violação do princípio da culpa? Haverá aqui uma responsabilização penal por facto de outrem? Como se articulam os problemas levantados pela incriminação resultante de danos ambientais acumulados com as tradicionais

<sup>153</sup> Dias, 2004: 172 ss. Beleza & Pinto, 1999: 31 ss.

<sup>154</sup> Em especial o Acórdão n.º 427/95, de 6 de Julho, relatado pela conselheira Palma. Este acórdão foi publicado e comentado por Pinheiro, 1997. Um outro acórdão é o 534/98, de 22 de Janeiro, relatado pela conselheira Maria dos Prazeres Beleza. Sobre este último acórdão, Faria, 2006: 350, nota 14.

<sup>155</sup> Dias, 2004: 140 a 143. Rita Castanheira Neves, 2009: 291 a 321.

garantias constitucionais na matéria penal? É bom de ver que a resposta a todas as questões levantadas pelos crimes acumulativos ou aditivos é difícil e extensa. No fundo, pilares até agora sagrados da doutrina juspenalista são postos em causa, senão na sua existência pelo menos na sua conformação, podendo em último caso estar em risco a própria legitimidade da intervenção jurídico-penal.

Figueiredo Dias, acerca desta realidade, afirma: “No direito penal do ambiente há a necessidade de aceitar estruturas novas e atípicas de imputação, particularmente questionáveis (quando não censuráveis) à luz dos princípios jurídico-constitucionais próprios do Estado de Direito.”<sup>156</sup>

Para Augusto Silva Dias o direito penal não tem legitimidade para intervir em casos de acumulação. Para este Autor, o pressuposto normativo da validade jurídico formal é o reconhecimento intersubjectivo. Entende que tem de ser feita uma responsabilização individual, mas não através do direito penal. Entende assim este Autor que há razões para impugnar a validade e a constitucionalidade da incriminação contida no artigo 279.º.<sup>157</sup>

Para lá desta concepção antropocêntrica possivelmente exagerada, julgo que ao direito penal foram colocados nas últimas décadas vários obstáculos, o que a ser este ramo do direito entendido de uma forma estática, levaria a um resultado final desajustado, e sem qualquer interesse nos tempos em que vivemos. Pense-se na tutela jurídico-penal dos bens supraindividuais, na incriminação penal das pessoas colectivas, da chegada do conceito de risco ao direito criminal,<sup>158</sup> entre outras importantes matérias, para perceber que o actual direito penal não é o mesmo do início do século XX, por exemplo. Mas não são só novas matérias, são também novas áreas do conhecimento e novas metodologias que chegam ao direito penal, e ao qual este tem de dar resposta.<sup>159</sup>

Dito isto, não se deve cair no outro extremo, que é o de tudo aceitar e tudo mudar a uma vertiginosa velocidade sem tempo de sedimentar novas soluções ou novos entendimentos das já existentes. Se ninguém hoje duvida que o princípio da culpa tal como é entendido tem uma configuração diferente

156 Dias, 2001b: 390 ss.

157 Silva Dias, 2003: 303 a 345.

158 Dias, 2001a. Dias, 2004: 132 ss. Sobre a sociedade de risco e a ecologia Kaufmann, 2004: 447 a 460.

159 Sobre novos desafios que se colocam ao direito penal, Dias, 2003. Rodrigues, 2003, Torrão, 2003, Silva Dias, 2008b.

daquela que vigorava há umas boas décadas<sup>160</sup>, bem como a imposição do princípio da legalidade é diferente consoante nos encontremos na parte geral ou na parte especial de um Código Penal<sup>161</sup>, também não podemos excluir à partida qualquer nova forma de estrutura incriminatória. O direito, todo o direito, e como tal o direito penal serve para regular e disciplinar a vida em sociedade. O direito não existe para ele próprio. Como tal tem de se adaptar, tem de se transformar, acompanhando a evolução da própria sociedade e daquilo que ela vai requerendo, daquilo que vai exigindo.

A matéria dos crimes acumulativos, que surgiu associada aos crimes ambientais, tem ainda hoje de ser olhada com especial cuidado, o que não quer dizer que não possa já ser vista de uma forma definitiva na sua aceitação, e em que a sua sustentação dogmática surgirá e complementar-se-á aos poucos. Muitas vezes tal ocorre quando surgem novas soluções jurídicas, mesmo no âmbito do direito penal.

Como refere Rita Castanheira Neves, a lesão contributo, não a lesão consistentemente final, é já lesão, mesmo não se verificando uma repercussão directa na vida do Homem, porque há já algum impacto no ambiente. Continua esta Autora ao afirmar que “é a distinção destes dois momentos que se nos afigura essencial para aceitar que a conduta individual constitui já ofensa, podendo dar-se como preenchidos todos os elementos do ilícito tipo do crime ambiental mesmo antes da lesão final.”<sup>162</sup>

Uma última nota, muito sumária, para nos referirmos à acção popular penal<sup>163</sup>, não nos interessando nesta sede a acção popular administrativa ou civil regulada na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.<sup>164</sup>

O artigo 52.º, n.º 3, da CRP possibilita o direito de acção popular para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções

---

160 Sobre a evolução da teoria do crime, Dias, 1991. A segunda parte deste artigo foi publicada, na mesma revista, ano de 1992 (Dias, 1992). Deste mesmo Autor, Dias, 2001a.

161 António Castanheira Neves, 1995 (a publicação original é de 1984).

162 Rita Castanheira Neves, 2009: 299. Nesta mesma página e refutando a tese de Augusto Silva Dias, afirma: “Se o dano é o efeito a médio/longo prazo, o dano-contributo é bem real no imediato da conduta lesiva, ficando o bem jurídico ambiente lesado na quota parte abstractamente danificável pelo contributo individual, e tal configura, em nossa opinião, o referente axiológico-material da incriminação, o que permite, em consequência, encontrar a legitimidade da intervenção jurídico-penal na tutela do ambiente.”

163 Silva Dias, 2008: 234 a 239.

164 Por todos, Amado Gomes, 2010.

contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural.<sup>165</sup>

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto quem tem legitimidade para instaurar a acção são os *ofendidos* pela prática do crime. Esta coincidência entre o direito de acção popular e a titularidade do bem jurídico não é unanimemente reconhecida, já que por exemplo Vasco Pereira da Silva considera que também estão abrangidas por aquela legitimidade para a acção as associações ambientais.<sup>166</sup>

Diferentemente se pode entender que as associações ambientalistas serão apenas contitulares (juntamente com os ofendidos e em representação destes) do direito de se constituírem *assistentes* em processo penal (artigo 25.º da lei de acção popular e artigos 68.º a 70.º do CPP).<sup>167</sup>

Em suma, terá de se precisar os conceitos difusos de *vítima* e de *ofendido*, bem como o de dano difuso. O artigo 68.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP abriga uma noção restrita (defendida entre outros por Costa Andrade, Maia Gonçalves, Teixeira de Sousa) ou ampla (defendida entre outros por Figueiredo Dias, Anabela Rodrigues, Costa Pinto, Augusto Silva Dias) *de ofendido*? Estará aí o ofendido de um interesse difuso?<sup>168</sup>

Vamos utilizar aqui um exemplo, bem real, dado por Augusto Silva Dias. Um suinicultor faz uma descarga poluente em linha de água, provocando a contaminação das águas e a destruição de uma quantidade apreciável de fauna e flora aquáticas. Aberto o inquérito pelo crime de poluição (artigo 279.º do CP), quem pode constituir-se assistente? Só as pessoas que habitam nas povoações ribeirinhas e que são afectadas na sua saúde ou que são impedidas de desfrutar os prazeres do rio por um período de tempo, ou também os habitantes de uma região distante preocupados com as questões ambientais do país? Para Miguel Teixeira de Sousa, não possui interesse em demandar qualquer pessoa (ou associação), mas apenas os titulares do *interesse difuso ameaçado ou ofendido*, isto é, quem mantenha uma relação *directa* com o objecto da acção popular.<sup>169</sup> Para além de vários outros problemas que

165 Sobre o artigo 52.º da CRP e a sua evolução, cfr. Miranda & Medeiros, 2005: 493 ss. Canotilho & Moreira, 2007.

166 Pereira da Silva, 2002: 29. Damião da Cunha, 1998, embora crítico da solução legal na nota 53.

167 Por todos e resumidamente Silva Dias, 2008: 234 a 239, que aqui seguimos de perto.

168 Silva Dias, 2004.

169 Teixeira de Sousa, 2003: 214 ss. Deste mesmo Autor, Teixeira de Sousa, 2004.

se levantam na adopção de uma concessão geral de legitimidade, referidos aliás por Silva Dias, um outro é equacionado por Teixeira de Sousa e diz respeito ao aparecimento de litigantes “profissionais”, ou, em última instância, mesmo empresas poluidoras e que não tivessem sido constituídas arguidas no processo poderiam vir a constituir-se assistentes.<sup>170</sup>

Uma outra questão de natureza processual prende-se com o saber se a acção popular cível tem de ser intentada sempre separada da acção penal (o que seria uma excepção ao regime geral) ou pode funcionar aqui a regra geral do princípio de adesão e ser esse pedido formulado na acção penal? E isto considerando a finalidade da indemnização, possivelmente diferente nos dois casos.<sup>171</sup>

Vamos aproveitar o exemplo anterior, configurando agora que durante o inquérito um conjunto de habitantes se constitui assistente com fundamento nos prejuízos causados ao ecossistema (interesse difuso), e um grupo de proprietários cujas colheitas foram destruídas pela poluição (interesse individual homogéneo ou interesse colectivo)<sup>172</sup>, vem ao processo, como lesado deduzir um pedido de indemnização pelos prejuízos patrimoniais sofridos (artigos 75.º, n.º 2, e 77.º, n.º 2, do CPP). Podem ambos avançar com o pedido?

Nesta última situação tudo parece pacífico, ou seja, os interesses são individualmente identificados e por conseguinte os prejuízos são divisíveis e quantificáveis. Na base desta acção está um direito privado, o direito de propriedade, embora tudo englobado num cenário de lesão global.<sup>173</sup>

Já na primeira situação encontramos um pedido de indemnização global em que os titulares do interesse não são individualmente identificáveis, nem o objecto do interesse é divisível e exclusivo.

Assim sendo, as finalidades da indemnização são distintas o que pode levar a uma diferente solução processual para a questão em causa, ou seja esta acção popular cível tem de ser intentada em separado da acção penal.

Não concordando com esta solução, Silva Dias adianta que as dificuldades de quantificação do dano, a insusceptibilidade de identificação dos lesados e a não indivisibilidade, e a não exclusividade do interesse em causa, não

---

170 Teixeira de Sousa, 2003: 231 ss.

171 Por todos Silva Dias, 2008: 239 a 241.

172 Sobre estas e outras classificações Teixeira de Sousa, 2003: 44 a 58.

173 É aqui obrigatório Teixeira de Sousa, 2003: 156 ss.



são impeditivas da fixação de uma indemnização, não havendo razões válidas para impedir de funcionar nestes casos o princípio da adesão.<sup>174</sup>

## CONCLUSÕES

Na actual LBA encontramos determinado tipo de normas cuja existência não se justifica numa lei com a natureza de uma lei de bases, e como tal não devem transitar para uma futura LBA, bem como normas com as características idênticas a estas.

Dou como exemplo o estatuído no artigo 44.º, n.º 2, que estabelece ser proibido a apensação de processos contra o mesmo arguido relativos a infracções ambientais, salvo se requerida pelo Ministério Público. Tal destina-se, segundo comentários, a evitar uma excessiva demora no julgamento dos processos, como é habitual nas situações de apensação.<sup>175</sup> Não se justifica actualmente (como já não se justificava aquando da feitura da LBA) uma norma com este conteúdo, e muito menos numa lei de bases.

Já a obrigatoriedade de remoção das causas da infracção e da reconstituição da situação anterior prevista no artigo 48.º da LBA parece ser apropriada e fará todo o sentido numa LBA, mesmo que a sua exequibilidade pareça comprometida em muitas situações, como, infelizmente, tem ocorrido.

Nos vários projectos de lei de revisão da LBA, o texto apresentado, na matéria sancionatória, mantém-se praticamente inalterado e por vezes integralmente decalcado dos actuais artigos referentes a esta matéria.

Não se justifica, a meu ver, esta opção, fruto de uma ausência de reflexão sobre esta matéria. Será suficiente uma norma de carácter geral, a exemplo do que ocorre em leis de base do ambiente pela nossa influenciada.<sup>176</sup>

Proporia uma norma com o seguinte conteúdo: “A qualificação das infracções relativas ao ambiente quer como crimes quer como contra-ordenações será definida e regulada em legislação complementar.”

É suficiente. Marca a defesa de uma tutela sancionatória para o ambiente, a ser regulada posteriormente. E é neutra, ou seja não se compromete com a imposição de opções doutrinárias ou científicas mais vincadas, como seria o

174 Silva Dias, 2008: 241. É evidente, aponta este Autor, que situações haverá sempre que levarão a uma obrigatoriedade de intentar o pedido de indemnização, em separado, perante o tribunal cível. Casos em que o dano não seja conhecido em toda a sua extensão ao tempo da acusação, ou casos em que este não esteja devidamente calculado (artigo 72.º, n.º 2, alínea a), do CPP).

175 Reis, 1992: 95.

176 Assim, artigo 29.º da LBA de Angola e artigo 27.º da LBA de Moçambique.

caso de se optar desde logo por impor uma hierarquia ou um modo rígido de relacionamento entre os crimes e as contra-ordenações.

Por último, e aproveitando uma fórmula usada quer pelo tribunal de justiça europeu, quer por inúmeras directivas julgo ser útil figurar uma norma na futura LBA com o seguinte conteúdo: “O legislador determinará as sanções aplicáveis ao incumprimento das disposições ambientais. As sanções previstas deverão ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.”<sup>177</sup>

**Nota final:** Já na fase final da escrita destes apontamentos o Primeiro-Ministro apresentou em 23 de Março de 2011 a sua demissão ao Presidente da República, que por sua vez veio a dissolver a Assembleia da República (Diário da República, I série de 7 de Abril de 2011), caindo assim todos os projectos e propostas de leis em curso. Tal não invalida o que dissemos nestas breves notas. Com toda a certeza, em próxima legislatura haverá revisão da LBA e da própria CRP, pelo que o aqui defendido continua a ser válido e em nossa opinião a fazer sentido.

## BIBLIOGRAFIA

ABECASSIS, Fernando

1999 *Água o desafio vital*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas.

ALBUQUERQUE, Pedro

2009 “Direito à insolação. Direito de tapagem. Conflitos de direitos, ou o direito ao ambiente e à qualidade de vida. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Outubro de 2008”, in *ROA*, 2009-I-II, pp. 377-396.

ALMEIDA, José Augusto Simões Veloso de

1937 *Comentário à Lei de Águas*, Coimbra: Coimbra Editora.

ALBUQUERQUE, José

1997 “Considerações sobre o crime de poluição (alguns problemas de aplicação)”, Boletim de interesses difusos da Procuradoria-Geral da República, n.º 11, pp. 16 a 49.

---

<sup>177</sup> Veja-se o artigo 8.º da Directiva 2002/95/CE do Parlamento e do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003 (JOCE 13/2/03), relativa à limitação da utilização de certas substâncias perigosas nos equipamentos eléctricos e electrónicos. De igual forma, os artigos 5.º e 7.º da Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008 (JOCE 6/12/08). Utilizando o mesmo texto a decisão do TJE de 21 de Setembro de 1989, Comissão v. Grécia, 68/88 (Rec., pp. 2965 ss.).

ALVES, António & PINTO, Bernardino (coord.)

2004 *Economia da Água do Plano Nacional da Água*, Lisboa: Instituto das Águas.

AMADO GOMES, Carla

2005 “O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente”, in *Textos dispersos de direito do ambiente*, Lisboa: AAFDL, pp. 9 a 33.

2006 *Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 107, pp. 213 a 230.

2007 *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.

2009a “Direito Administrativo do Ambiente”, in Otero, Paulo & Gonçalves, Pedro (orgs.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 159 a 279.

2009b “A Responsabilidade civil por dano ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, in *O que há de novo no direito do ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, Lisboa, pp. 235 a 275.

2010 “Acção pública e acção popular na defesa do ambiente – reflexões breves”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, pp. 1181 a 1207.

AMADO GOMES, Carla & ANTUNES, Tiago (orgs.),

2010 *Actas do Colóquio A responsabilidade civil por dano ambiental*, Lisboa: ICJP, disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes>.

AMARAL, Diogo Freitas do

1994a “Lei de Bases do Ambiente e Lei das Associações de Defesa do Ambiente”, in *Direito do Ambiente*, INA, s/l, pp. 367 a 376.

1994b “Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, pp. 11 a 22.

1994c “Apresentação”, in *Direito do Ambiente*, Oeiras: INA, pp. 13 a 17.

AMARAL, Diogo Freitas do, MIRANDA, Jorge, OTERO, Paulo

& ESTEVES, Maria da Assunção

2001 *O Caso Co-Incineração*, vol. 1.º, tomo I, Lisboa: MAOT.

ANDRADE, Manuel da Costa

1980-1981 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *RDE*, n.º 6/7, pp. 81 a 121.

1992a *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

1992b “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, pp. 173 a 205.

2009 “*Bruscamente no Verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal. *Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES

1995 “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Digesta*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 349 a 473.

ANTUNES, Henrique Sousa

2003 “Ambiente e Responsabilidade Civil”, in AAVV, *Estudos de direito do ambiente*, Porto: Universidade Católica, pp. 149 a 179.

2011 *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra Editora.

ASSOULINE, Janine & ASSOULINE, Samuel

2009 *Géopolitique de l'Eau. Nature et Enjeux*, 2.<sup>a</sup> ed., Levallois-Perret, Groupe Vocatis.

BACHELET, Michel

1997 *Ingerência Ecológica. Direito ambiental em questão*, Lisboa: Piaget Editora.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo

2004 “*Responsabilidade*” penal económica e fiscal dos entes colectivos. *À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, Coimbra: Almedina.

BAPTISTA, Jaime Melo

2010 “O Quadro Legal dos Serviços de Águas em Portugal”, in AAVV, *Direito do Urbanismo e do Ambiente*, Lisboa: Quid Juris Editora, pp. 286 a 315.

BAPTISTA, Luís Carlos

2011 “O direito subjectivo ao ambiente: um artifício legislativo e jurisdicional”, in *Revista do Ambiente e do Ordenamento do Território*, n.ºs 16/17, pp. 145 a 170.

BARLOW, Maude

2009 *Água. Pacto azul. A crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo*, São Paulo: M.Books.

BARRAQUÉ, Bernard

1996 *As Políticas da Água na Europa*, Lisboa: Instituto Piaget.

BARROS, José Manuel Araújo

1996 “Aplicação judiciária do direito ao ambiente-contencioso cível”, in *Textos*, Vol. II, *Ambiente e Consumo*, Lisboa: CEJ, pp. 195 a 204.

BAZIADOLY, Sophie

1996 *Le Droit Communautaire de l'Environnement Depuis l'Acte Unique Européen Jusqu'à la Conférence Intergouvernementale*, Bruxelles: Editions Bruylant/Editions de l'Université de Bruxelles.

BEÇA PEREIRA, António

2007 *Regime geral das contra-ordenações e coimas*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

BELEZA, Teresa Pizarro & PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

1999 *O regime legal do erro e as normas penais em branco (Ubi lex distinguit...)*, Coimbra: Almedina.

BENTO, Vítor

2011 *Economia, Moral e Política*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

BORGES, Anselmo

2000 “O crime económico na perspectiva filosófico-teológica”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, pp. 7 a 35.

BOUGUERRA, Mohamed Larbi

2005 *As Batalhas da Água*, Porto: Campo das Letras.

BRAVO, Jorge dos Reis

1997 *A tutela penal dos interesses difusos*, Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Teresa Quintela de

1995 “O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no Código Penal de 1995”, in *Anuário de Direito do Ambiente*, Lisboa: Ambiforum, pp. 331 a 367.

2009 “A determinação das responsabilidades individuais no quadro de organizações complexas”, in *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75 a 103.

2010 “Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20, pp. 41 a 71.

CALDEIRA, Josué

2010 “As grandes opções da LBOTU e a agenda necessária à consolidação do sistema de gestão territorial”, in Gonçalves, Fernando, Bento, João Ferreira & Pinheiro, Zélia Gil (orgs.), *Os Dez Anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Gênese e Evolução do Sistema de Gestão Territorial, 1998-2008. Actas do encontro Anual da Ad Urbem*, Lisboa: DGOTDU, pp. 33 a 50.

CANOTILHO, J.J. Gomes

1994 “A Responsabilidade por danos ambientais – aproximação juspublicística”, in *Direito do Ambiente*, INA, pp. 39 a 407.

2006 *O Regime Jurídico Internacional dos Rios Transfronteiriços*, Coimbra: Coimbra Editora.

2010a *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.<sup>a</sup> ed. revista: Coimbra, Coimbra Editora.

2010b *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.

2011 *O direito geral de personalidade*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo Taipa

2008 *Direito Penal - Parte Geral. Questões Fundamentais*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CASTRO, Paulo Canelas de

1998 “Novos Rumos do Direito Comunitário da Água: a caminho de uma revolução (tranquila)?”, in *CEDOUA*, 1, pp. 11 a 35.

2005 *Recent Development in Water Law. Principles and Comparative Cases*, Lisboa: FLAD.

CASTRO E SOUSA, João

1985 *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra: Coimbra Editora.

CAUBET, Christian G.

2006 *A água doce nas relações internacionais*, São Paulo: Editora Manole.

CONDESSO, Fernando dos Reis

2001 *Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, António Menezes

1996 “Direito do ambiente. Princípio da prevenção. Direito à vida e à saúde. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Julho de 1996”, in *ROA*, 1996-II, pp. 683 a 688.

2001 “Os direitos da personalidade na civilística portuguesa”, in *ROA*, 2001-III, pp. 1229 a 1256.

CORREIA, Eduardo

1973 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *BFDUC*, Vol. XLIX, pp. 257 a 281.

- CORREIA, Francisco Nunes, SARAIVA, Maria da Graça & MOREIRA, Ilídio  
 2004 “Enquadramento da gestão ambiental de sistemas fluviais nas políticas de ambiente e ordenamento do território”, in AAVV, *Gestão ambiental de sistemas fluviais. Aplicação à bacia hidrográfica do rio Sado*, Lisboa, Isa Press, pp. 537 a 561.
- CORREIA, João Conde  
 1999 *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo  
 1987 *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina.
- COSTA, José de Faria e  
 1983 “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, in *RDE*, n.º 9, pp. 3 a 51.  
 1992 “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, pp. 537 a 559.  
 2001 “Crimes e contra-ordenações. (Afirmção do princípio do numerus clausus na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)”, in *Questões Laborais*, n.º 17, pp. 1 a 11.  
 2007 *Noções Fundamentais de Direito Penal. (Fragmenta iuris poenalis). Introdução*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CRAVINHO, João  
 2010 “Génese da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo”, in Gonçalves, Fernando, Bento, João Ferreira & Pinheiro, Zélia Gil (org.), *Os Dez Anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Génese e Evolução do Sistema de Gestão Territorial, 1998-2008. Actas do encontro Anual da Ad Urbem*, Lisboa: DGOTDU, pp. 13 a 20.
- CRUZ, Branca Martins da  
 2005 *De la Réparation du Dommage Écologique. Étude à la lumière du droit portugais*, Lille: ANRT.  
 2008 “Desenvolvimento sustentável e responsabilidade ambiental”, in *Direito e Ambiente*, ano 1, n.º 1, pp. 9 a 53.

DAMIÃO DA CUNHA, José

1998 “A participação dos particulares no exercício da acção penal (alguns aspectos)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, pp. 593 a 660.

DIAS, Jorge de Figueiredo

1978 “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, in *Revista de Direito e Economia*, n.º 1, pp. 3 a 23.

1983-1984 “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *RLJ*, ano 116, p. 263 ss.

1984-1985 “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *RLJ*, ano 117, p. 7 ss.

1983 “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *AAVV, Jornadas de direito criminal: o novo Código Penal Português e legislação complementar*, I, Lisboa: CEJ, pp. 317 a 336.

1991 “Sobre o estado actual da doutrina do crime (1.ª parte)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, pp. 9 a 53.

2001a *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

2001b “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 371 a 392.

2003 “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, in *BFDUC*, vol. 75, pp. 1123 a 1138.

2004 *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.

2005 “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, in *AAVV, A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 179 a 202.

DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa

1997 *Criminologia. O homem delinquent e a sociedade criminógena*, 2.ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa & PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

2009 *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina.

DUARTE, Maria Luísa

2005 “Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia – a propósito do acórdão do tribunal de justiça de 13 de Setembro de 2005”, in *RFDUL*, Vol. XLVI, n.º 1, pp. 341-370.



- EIRAS, Henrique  
 2010 *Processo Penal Elementar*, 8.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Quid Juris.
- FARIA, Maria Paula Ribeiro  
 1999 “Danos contra a natureza”, in AAVV, *Comentário comimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Coord. Jorge de Figueiredo Dias, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 932 a 943.  
 2006 “Direito penal do ambiente: sua reforma e perspectivas de evolução”, in *Revista do CEJ*, n.º 5, pp. 23 a 32.  
 2008 “Do direito penal do ambiente e da sua reforma”, in *Revista do CEJ*, n.º 8, pp. 341 a 357.
- FARMER, Andrew  
 2007 *Handbook of Environmental Protection & Enforcement. Principles & Practice*, London: Earthscan.
- FAURE, Michael G.  
 2010 “Effective penalties in the implementation of the environmental crime and ship-source pollution Directives: questions and challenges”, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 19, n.º 6, pp. 256 a 278.
- FAURE, Michael G. & HEINE, Günter  
 2000 *Criminal enforcement of environmental law in the European Union*, Maastricht: Maastricht University Faculty of Law.
- FERRARI, Eduardo Reale  
 2003 “A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1183 a 1203.
- FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição  
 1995 “*Constituição e Crime*”. *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- FERRO, Miguel Sousa  
 2006 “Acórdão C-176/03 do TJCE: a comunitarização das competências penais?”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 107, pp. 189 a 212.
- FOLQUE, André  
 2010 “O caudal das relações luso-espanholas sobre as bacias hidrográficas partilhadas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 507 a 527.
- FONSECA, Rui Brito, VASCONCELOS, Lia, ALHO, José Manuel & LOPES, Maria Adília  
 2010 *Ambiente, Ciência e Cidadãos*, Lisboa: Esfera do Caos.

FONTES, José

2007 “O Direito de Ingerência e as visões Agostiniana, Tomista e Moriana da intervenção justa. Uma nova abordagem politológica”, in *Boletim da Academia Internacional da Cultura Portuguesa*, n.º 34, pp. 123 a 145.

2011 *Legislação de Direito Constitucional*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina.

FORMOSINHO, Sebastião, PIO, Casimiro, BARROS, Henrique & CAVALHEIRO, José

2000 *Parecer Relativo ao Tratamento de Resíduos Industriais Perigosos*, vol. I e vol. II, Cascais: Principia.

FRADE, Veiga & ALVES, António

1991 *O Mercado da Água em Portugal Continental*, 2 tomos, Lisboa, Direcção Geral dos Recursos Naturais.

FREITAS ROCHA, Joaquim de

2008 *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*, Coimbra: Coimbra Editora.

GALLAND, Franck

2008 *L'Eau. Géopolitique, enjeux, stratégies*, Paris: CNRS Éditions.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D.

2007 *O Lugar do direito na protecção do ambiente*, Coimbra: Almedina.

2010 “Constituição e Ordenamento do Território”, in Gonçalves, Fernando, Bento, João Ferreira & Pinheiro, Zélia Gil (orgs.), *Os Dez Anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Génese e Evolução do Sistema de Gestão Territorial, 1998-2008. Actas do encontro Anual da Ad Urbem*, Lisboa: DGOTDU, pp. 23 a 32.

GAUTIER, Catherine & FELLOUS, Jean-Louis

2008 *Eau, Pétrole, Climat: un monde en panne sèche*, Paris: Odile Jacob.

GODINHO, Inês Fernandes

2007 *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*, Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES, Célia & PEREIRA, Eduardo

1994 “Seguro de Responsabilidade Civil Poluição”, in *Textos de Ambiente*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, pp. 429 a 440.

HASSEMER, Winfried

1996 “A preservação do meio ambiente através do direito penal”, in *Lusíada Revista de Ciência e Cultura*, número especial, Porto, Universidade Lusíada Editora, pp. 317 a 330.

HINTEREGGER, Monika

2008 *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

## INSPECÇÃO GERAL DO AMBIENTE

2004a *Relatório de Actividades de 2003*, Lisboa, s/e.

2004b *Relatório de Actividades de 2004*, Lisboa, s/e.

## ISENBERG, Andreas Anthony

2009 “A Questão da atribuição de competências penais à comunidade europeia no contexto da protecção ambiental em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 19, pp. 217 a 265.

## JADOT, Benoît

2010 «Des juridictions ou des juges spécialisés en matière d’environnement: une bonne idée ou une fausse bonne idée?», in AAVV, *Acteurs et outils du droit de l’environnement*, Louvain-la-Neuve: Anthemis, pp. 173 a 237.

## KAUFMANN, Arthur

2004 *Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

## KRÄMER, Ludwig

2001 “Le sixième programme communautaire d’action environnementale”, in *Lusitana Revista de Ciência e Cultura*, Porto: Universidade Lusitana Editora, pp. 551 a 605.

2007 *EC Environmental Law*, 6.ª ed., London: Sweet & Maxwell.

## LARIOS DE MEDRANO, Adela M. Aura y

2008 *La Regulación Internacional del Agua Dulce*, Navarra: Aranzi.

## LAVRYSEN, Luc

2010 “Juges de l’environnement spécialisés: une nécessité”, in AAVV, *Acteurs et outils du droit de l’environnement*, Louvain-la-Neuve: Anthemis, pp. 239 a 247.

## LIMA, José Maria Lisboa de

1994 “O Seguro e o Ambiente”, in *Textos de Ambiente*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 441 a 444.

## LIMA REGO, Margarida

2010 *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra: Coimbra Editora.

## LOBO, Mário Tavarela

1989 *Manual do Direito das Águas*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

1990 *Manual do Direito das Águas*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.

## LOPES, José Mouraz

2011 “Os novos crimes urbanísticos no código penal”, in Carmo, Rui, Leitão, Helena (coord.), *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 65 a 83.

LOPES ROCHA, Manuel António

1987 “Delitos contra a ecologia (no direito português)”, in *Revista de Direito e Economia*, pp. 235 a 265

1994 “Das Contra-Ordenações e das Coimas”, in Rocha, Manuel Lopes, Dias, Mário Gomes & Ferreira, Manuel C. Ataíde, *Contra-Ordenações. Legislação e Doutrina*, Lisboa: Escola Superior de Polícia, pp. 9 a 104.

LUMBRALES, Nuno B. M.

2006 *Sobre o conceito material de contra-ordenação*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

MACHADO, Miguel Pedrosa

1986 “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, in *Scientia Iuridica*, pp. 59 a 134.

1992 “Anteprojecto de revisão do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro. (Lei-quadro do ilícito de mera ordenação social), nos limites da Lei n.º 4/89, de 3 de Março”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, pp. 295 a 321.

MAGALHÃES, Manuela Raposo

2010 “Comentários no âmbito dos dez anos da LBOTU”, in Gonçalves, Fernando, Bento, João Ferreira & Pinheiro, Zélia Gil (org.), *Os Dez Anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Génesis e Evolução do Sistema de Gestão Territorial, 1998-2008. Actas do encontro Anual da Ad Urbem*, Lisboa: DGOTDU, pp. 105 a 119.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

2009 *Código de Processo Penal. Comentários e Notas Práticas*, Coimbra: Coimbra Editora.

MALCATA, F. Xavier

2009 *Água. Um desafio sem espaço nem tempo*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

MARQUES, Pedro Marchão

1999 “Crimes ambientais e comportamento omissivo”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 77, pp. 105 a 138.

MARQUES DA SILVA, Germano

2003 “A tutela penal do ambiente (ensaio introdutório)”, in AAVV, *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto: Publicações Universidade Católica, pp. 9 a 21.

2009 *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Editorial Verbo.

- 2010 *Direito Penal Português – Parte Geral I. Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo, pp. 169 a 180.
- MARSILY, Ghislain de  
1997 *A Água*, Lisboa: Instituto Piaget.
- MATTA, Paulo Saragoça da  
2001 *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das instituições*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MEIRELES, Mário Pedro Seixas  
2006 *Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MELO ROCHA, Mário de  
2003 “Direito Internacional e Direito Europeu e o Direito do Ambiente”, in AAVV, *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto: Publicações Universidade Católica, pp. 49 a 62.
- MELO ROCHA, Mário de, CUNHA, Vicente Falcão e  
2010 *Dicionário de Direito do Ambiente*, Alfragide: Texto Editores.  
2006 “Direito do Ambiente: da ‘idade da inocência’ à ‘idade adulta’”, in *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, n.º 13, pp. 61 a 79.
- MENDES PEREIRA, Miguel  
2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MINISTÉRIO DO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS  
1995 *Plano Nacional da Política de Ambiente*, Lisboa: Ministério do Ambiente e Recursos Naturais.
- MIRANDA, Jorge  
2010 *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui  
2005 *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.  
2006 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora.
- MONCADA, Luís Cabral de  
2002 *Lei e Regulamento*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MORAIS, Carlos Blanco de  
1993 *A Autonomia Legislativa Regional*, Lisboa: AAFDL.  
1998 *As Leis Reforçadas. As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra: Coimbra Editora.  
2008 *Curso de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Guilherme

1920 *As Águas no Direito Civil Português*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOURA, José Souto de

1992 “O crime de poluição. A propósito do Projecto de Reforma do Código Penal”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 50, pp. 15 a 38.

1994 “Tutela penal e contra-ordenacional do ambiente – notas à jurisprudência”, in *Textos*, Lisboa: CEJ.

2008 “Crimes Ambientais”, in *Revista do CEJ*, n.º 8, pp. 359 a 374.

MOUTINHO, José Lobo

2008 *Direito das Contra-Ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

NUNES, João Arriscado & MATIAS, Marisa

2003 *Controvérsia científica e conflitos ambientais em Portugal: o caso da co-incineração de resíduos industriais perigosos*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 65, pp. 129 a 150.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de

2007 *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA MENDES, António de & CABRAL, José dos Santos

2009 *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

OTERO, Paulo

1997 *O Desenvolvimento de leis de bases pelo governo*, Lisboa: Lex.

PALMA, Maria Fernanda & OTERO, Paulo

1996 “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social. (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII, pp. 557 a 591.

PALMA, Maria Fernanda

1994 “Direito penal do ambiente. Uma primeira abordagem”, in *Direito do Ambiente*, Oeiras: INA, pp. 431 a 448.

1995 “Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, in *Estudos comemorativos do 150.º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 199 a 211.

2006 *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano

2007 *O Controlo dos oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência. A posição dominante colectiva*, Coimbra: Almedina.

PEIXOTO, José Pinto

1979 *O ciclo da água em escala global*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais.

1989 *A água no ambiente*, Lisboa: Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais.

PEREIRA DA SILVA, Vasco

2002 *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina.

2009a “Ventos de mudança no direito do ambiente. A responsabilidade civil ambiental”, in *O que há de novo no direito do ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, pp. 9 a 22.

2009b “Breve nota sobre o direito sancionatório do ambiente”, in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto & Sousa Mendes, Paulo (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 271 a 296.

PINHEIRO, Alexandre Sousa & LOMBA, Pedro

2008 *Comentário à Constituição Portuguesa*, OTERO, Paulo (org.), III volume, 1.<sup>o</sup> Tomo, Coimbra: Almedina.

PINHEIRO, Alexandre Sousa & FERNANDES, Mário João de Brito

1999 *Comentário à quarta revisão constitucional*, Lisboa: AAFDL.

PINHEIRO, Alexandre Sousa

1997 “A reserva de lei em Direito Penal. Comentário ao Acórdão n.º 427/95 do Tribunal Constitucional”, in *Revista Direito e Justiça*, n.º 1, pp. 353 a 365.

PINTO, Frederico de Lacerda Costa

1997 “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, pp. 7 a 100.

2000 “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, pp. 371 a 387.

2002 “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do direito penal secundário”, in *Themis*, ano III, n.º 5, pp. 87 a 100.

PINTO ALBUQUERQUE, Paulo

2008 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

PIO, Casimiro, BARROS, Henrique, CAVALHEIRO, José, DIAS, Ricardo & FORMOSINHO, Sebastião

2003 *Co-Incineração. Uma guerra para o noticiário das oito*, Porto: Campo das Letras.

PRATES, Marcelo Madureira

2005 *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*, Coimbra: Almedina.

QUEIROZ, Cristina

2009 *Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora.

REGO, Lopes do

2001 “Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações”, in *Questões Laborais*, n.º 17, pp. 12 a 25.

REIS, João Pereira

1992 *Lei de Bases do Ambiente. Anotada e Comentada*, Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, Luís

2004 *Recursos hídricos subterrâneos de Portugal continental*, Lisboa: Instituto da Água.

RITA CASTANHEIRA NEVES,

2009 “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, in *Direito Penal hoje. Novos desafios e novas respostas*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 291 a 321.

ROCHA, Mário de Melo & CUNHA, Vicente Falcão

2010 *Dicionário de Direito do Ambiente*, Alfragide: Texto Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda

1999 “Poluição”, in AAVV, *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 944 a 978.

2003 “Política criminal – novos desafios velhos rumos”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 207 a 234.

RODRIGUES, Marta Felino

2008 “Crimes ambientais e de incêndio na revisão do Código Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 18, pp. 47 a 80.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo

2009 *Autoria e participação em organizações empresariais complexas*, disponível em <http://www.fd.ul.pt/Institutos/InstitutedoDireitoPenaleCienciasCriminais.aspx>.

SANTOS, Cláudia

2002 “O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado”, in *CEDOUA*, n.º 2, pp. 81-90.

SANTOS, Manuel Simas & SOUSA, Jorge Lopes de

2011 *Contra-Ordenações. Anotações ao regime geral*, 6.ª ed., Lisboa: Áreas Editora.

SCHMIDT, Luísa

2000 *Portugal Ambiental. Casos & Cousas*, Braga: Círculo de Leitores.



- SENDIM, José de Sousa Cunhal  
 1998 *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SENDIM, José Cunhal, MEDEIROS, Rui, MATOS, Isabel Alçada, GASPAS, Pedro Portugal & CUNHA, José Luís  
 2004 *Elementos de Direito de Protecção da Água*, Lisboa: Instituto da Água.
- SERENO ROSADO, Amparo  
 2011 *Rios que nos separam, águas que nos unem. Análise jurídica dos Convénios Luso-Espanhóis sobre águas internacionais*, Lisboa: Lex Nova.
- SERRA, Teresa & SÁNCHEZ, Pedro Fernández  
 2010 “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas – da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 65 a 111.
- SERRA, Teresa  
 1999 “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas. (A propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais. Problemas de (in)constitucionalidade)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 9, pp. 187 a 212.
- SILVA DIAS, Augusto  
 1995 “A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas das de justificação”, in *Jornadas de homenagem ao Professor Cavaleiro de Ferreira*, Separata da RFDUL, pp. 181 a 234.
- 2003 “What if everybody did it?: sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 303 a 345.
- 2004 “A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português”, in AAVV, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Maria Fernanda Palma (org.), Coimbra: Almedina, pp. 55 a 65.
- 2008a *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2008b “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”. *Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Coimbra: Coimbra Editora.

- 2010 “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Lisboa: Coimbra Editora, pp. 13 a 38.
- SILVA DIAS, Augusto & RAMOS, Vânia Costa
- 2009 *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVEIRA, Maria Manuela Valadão e
- 1995 “Reflexões sobre o crime de danos contra a natureza previsto no artigo 278.º introduzido no Código Penal pela revisão de 1995”, in *Anuário de Direito do Ambiente*, Lisboa: Ambiforum, pp. 39 a 387.
- SMEDT, Kristel de
- 2009 “Is Harmonisation Always Effective? The implementation of the Environmental Liability Directive”, in *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 18, n.º 1, Fevereiro, pp. 2 a 18.
- SOROMENHO-MARQUES, Viriato
- 2003 *O Desafio da Água no Século XXI. Entre o Conflito e a Cooperação*, Lisboa: Editorial Notícias.
- SOUSA MENDES, Paulo de
- 2008 *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: AAFDL.
- 2009 “O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência”, in *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209 a 224.
- 2010 “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 45 a 63.
- SOUSA MENDES, Paulo de, MARTINHO, Helena Gaspar, RAMOS, Vânia Costa, ANASTÁCIO, Catarina & DIAS, Augusto Silva
- 2010 “O dever de colaboração e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, dossier temático, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 1, Janeiro-Março.
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel
- 2003 *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa: Lex.
- TORRÃO, Fernando
- 2003 “Os novos campos da aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva pluridisciplinar)”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 331 a 362.

- 2010 *Societas Delinquere Potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, Coimbra: Almedina.
- VALLE, Jaime
- 2004 *A participação do governo no exercício da função legislativa*, Coimbra: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de
- 2006 *Direito de personalidade*, Coimbra: Almedina.
- VAZ, Manuel Afonso
- 1992 *Lei e Reserva de Lei. A causa da lei na constituição portuguesa de 1976*, Porto: Universidade Católica.
- VEIGA DA CUNHA, Luís, CORREIA, Mário Lino, SANTOS, António & GONÇALVES, Vítor Alves de Figueiredo
- 1974 *Fundamentos de uma nova política de gestão das águas em Portugal*, Lisboa: Direcção-Geral dos Serviços Hidráulicos.
- 1998 *A Gestão da Água. Princípios fundamentais e sua aplicação em Portugal*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- VOUYOUCAS, Constantin
- 1992 “Defesa social, protecção do ambiente e direitos fundamentais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, pp. 207 a 225.
- XAVIER, Bernardo
- 2001 “A matriz constitucional do direito do trabalho”, in *III Congresso Nacional de Direito de Trabalho. Memórias* (coord. António Moreira), Coimbra: Almedina, pp. 97 a 105.
- ZAELKE, Durwood, KANIARU, Donald & KRUZÌKOVÀ, Eva (org.)
- 2005 *Making Law Work. Environmental Compliance & Sustainable Development*, vol. I e II, Londres: Cameron May & Institute for Governance and Sustainable Development.



# EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO NA TUTELA SANCIONATÓRIA DE BENS AMBIENTAIS\*

*Heloísa Oliveira\*\**

*ABSTRACT: The purpose of this work is to determine whether and when penal and administrative sanctions are an adequate and effective response to environmental law infractions. In particular, we consider and analyze the role of the administrative authorities in the implementation of environmental law and the compatibility of the prevention principle with penal law principles and administrative sanctions regime. In what concerns procedural law, we reflect on the extent and relevance of discretionary judgments by public authorities in administrative and court proceedings. Eventually, we attempt to draft the boundaries of penal law intervention, considering the minimal intervention principle.*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Tutela dos bens ambientais: eficácia e adequação do Direito Sancionatório. II.1. A centralidade do Direito Administrativo no Direito do Ambiente. II.2. Prevenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionatório. II.2.1. Princípio da prevenção. II.2.2. Prevenção e Direito Penal: os fins das penas, o Direito Penal de Risco e a antecipação da tutela penal. II.2.3. Prevenção e Direito Administrativo Sancionatório: a sanção pelo facto *ex ante*. II.3. Em especial, a eficácia processual e procedimental. II.3.1. Da inflexibilidade garantística do processo penal, da (suposta) flexibilidade do procedimento administrativo sancionatório e da fuga às garantias do processo penal. II.3.2. Em especial, o Princípio da Oportunidade. II.3.2.1. Colocação do problema: legalidade *vs.* oportunidade. II.3.2.2. Oportunidade e processo penal. II.3.2.3. Oportunidade e procedimento administrativo sancionatório. III. Dos limites do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionatório.

---

\* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao Relatório do Seminário de Direito Penal e Contra-ordenacional do Ambiente (Mestrado em Ciências Jurídico-Ambientais, ano lectivo 2008/2009). Foi elaborado sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

\*\* Monitora e Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

## I. INTRODUÇÃO

A preservação do ambiente é um valor essencial no Estado de Direito moderno. Talvez por isso, o ambiente tem sido uma das áreas em que o Estado mais tem assumido as suas vestes de regulador, impondo à Administração Pública, aos Tribunais e aos particulares complexas tarefas hermenêuticas para cumprir e fazer cumprir as normas ambientais.

Mas nenhuma norma é relevante se não for efectiva, se a sua vigência não for garantida pelo Estado, em último caso através do Direito Sancionatório. Poucos são os diplomas em matéria ambiental que não estão munidos de um arsenal de sanções administrativas em caso de infracção. Paralelamente, vão sendo criados nos diversos ordenamentos crimes ambientais com as mais diversas estruturas e objectos<sup>1</sup> e até o Direito Comunitário parece apontar para a tutela penal<sup>2</sup>.

Mas a realidade demonstra que essa protecção tem vindo a ser efectivada não pelos Tribunais e pelo Direito Penal mas sim pela própria Administração através do Direito Administrativo Sancionatório<sup>3</sup>, o que implica o surgimento de todos os problemas associados a um Direito Penal simbólico.

Também o Direito Administrativo Sancionatório vai sofrendo transformações e padece de problemas identitários, uma vez que as sanções aplicadas são de uma gravidade *quasi* penal e, apesar de ser um ramo do direito autónomo, o seu regime tem sido decalcado do Direito Penal e Processual Penal, ameaçando a sua tendencial celeridade e eficácia. Apesar disso, não encontramos no procedimento administrativo sancionatório os direitos de defesa do processo penal, colocando em crise as garantias dos cidadãos face ao poder repressivo do Estado.

Neste cenário, urge questionar qual a via mais adequada e eficaz para tutela dos bens ambientais: o Direito Penal e os Tribunais ou o Direito Administrativo Sancionatório e a Administração? Ou, talvez, até que ponto o Direito Administrativo Sancionatório e a partir de que ponto o Direito Penal? Esta questão tem sido objecto de análise por relevante doutrina penalista e administrativista nacional; contudo, são aproximações de uma perspectiva unilate-

---

1 O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, introduziu no Código Penal português os crimes de danos contra a natureza (278.º), poluição (279.º) e poluição com perigo comum (280.º), cujos elementos de tipo foram já submetidos a relevantes alterações, por força da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

2 Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008.

3 Palma, 2004: 78.

ral que visa unicamente a justificação da tutela penal. A relevância da matéria justifica a procura da resposta nos fundamentos, características e natureza do Direito do Ambiente e destes dois ramos do Direito Sancionatório.

Assumimos desde já que consideramos que o Direito Administrativo tem uma especial vocação para a tutela dos bens ambientais. Contudo, há que discutir os limites teóricos e práticos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionatório, para tentar proceder a uma delimitação tendencial dos seus espaços de actuação.

É ainda relevante fazer uma última ressalva: pretendemos fazer um estudo que, na medida do possível, não tenha especial ligação ao direito constituído. Assim, as referências legais serão feitas a título meramente ilustrativo.

## II. TUTELA DOS BENS AMBIENTAIS: EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO DO DIREITO SANCIONATÓRIO

### II.1. A centralidade do Direito Administrativo no Direito do Ambiente

Apesar de “construir um Estado de Direito, democrático e ambiental, não [ser uma] tarefa que possa ser suportada por um ramo autónomo de direito”<sup>4</sup>, a verdade é que o Direito do Ambiente tem-se concretizado principalmente através do Direito Administrativo e da actuação da Administração Pública, tanto pela emissão de normas administrativas, como através de actos administrativos e, até mesmo, da celebração de contratos. De facto, a aplicação de normas ambientais implica quase sempre a intervenção da Administração, o que leva a que o Direito Administrativo seja a “ordem normativa [...] que se encontra mais próxima e mais estreitamente ligada aos agentes poluidores mais perigosos [...]. O legislador administrativo, pela facilidade em emitir normas, pela sua proximidade com os processos e progressos tecnológicos e pela atenção que lhes é obrigado a prestar, possui uma mobilidade e uma plasticidade”<sup>5/6</sup>. Mas não são apenas estas as razões que conferem à Administração um papel central na aplicação do Direito do Ambiente.

Por um lado, é a Administração que determina quais são os deveres ambientais dos operadores no mercado. De facto, apesar de as leis ambientais

4 Canotilho, 1996: 76.

5 Rodrigues, 1999: 952.

6 Neste mesmo sentido, veja-se Comte & Krämer, 2004: 164, Teixeira, 2001: 36 e Menéndez Rexach, 2005: 62.

regularem os procedimentos e obrigações ambientais, por vezes até com um grau de pormenorização criticável, deparamo-nos, ainda assim, com algum grau de discricionariedade para a sua adaptação e aplicação pelas autoridades administrativas, tendo em vista a consideração do tipo e volume de actividade e outras condicionantes que se verificam nos casos concretos.

Para demonstrar a justeza desta afirmação, apresentamos dois exemplos reveladores deste papel da Administração. Os valores-limite de emissão de poluentes são identificados como áreas típicas de remissão do legislador para normas técnicas, de natureza estritamente administrativa<sup>7</sup>. Um outro exemplo claro é a protecção do solo e reparação de danos: a inexistência de normas de qualidade do solo clama pela intervenção da Administração na definição de medidas preventivas ou reparadoras de contaminações ocorridas<sup>8</sup>.

Concretizando: o Direito do Ambiente ganha vida através da imposição de variadas obrigações aos operadores económicos perante a Administração – obrigações de obtenção de licenças, autorizações, de elaboração de relatórios, de monitorização de emissões, de realização de análises técnicas à qualidade da água, do solo, do volume de ruído.

Para além do controlo administrativo do início da actividade, cabe ainda à Administração o acompanhamento da mesma até ao seu término. De facto, toda a actividade dos operadores económicos – em especial a dos que desenvolvem determinadas actividades com elevado risco ambiental – é acompanhada por diversas autoridades da Administração; este controlo existe para o início, alteração ou encerramento da actividade, e após o decorrer de determinados prazos. Ou, ainda, em qualquer momento em que as diversas entidades com competência fiscalizadora assim o determinem. É também a Administração que, para além do acompanhamento corrente, exerce as actividades de inspecção, tanto através de administração inspectiva em sentido próprio como através de corpos especializados de polícia.

Esta centralidade da actuação da Administração tem repercussões até num ramo do direito caracterizado pela sua tendencial autonomia face aos demais:

---

7 Mendes, 2000: 127. Sublinhe-se, contudo, que muitas vezes os regulamentos administrativos limitam-se a reproduzir o que foi fixado por organismos comunitários especializados. Gomes, 2007: 461.

8 Esta remissão para normas técnicas tanto pode consubstanciar actos de emissão periódica e de conteúdo circunscrito, como é o caso da fixação dos valores limites de emissão por regulamentos administrativos, como actos destituídos de periodicidade pré-determinada e que têm um conteúdo mais abrangente (melhores técnicas disponíveis).



o Direito Penal<sup>9</sup>. Muito tem sido escrito a este propósito, uma vez que a utilização de técnicas de construção de tipos penais com recurso à acessoriedade administrativa<sup>10</sup> implica a criação de normas penais em branco<sup>11</sup>. Não será esta a sede própria para discussão destas questões, que, de resto, não se colocam apenas no ordenamento jurídico português. Sublinhemos apenas que esta centralidade do Direito Administrativo na concretização do Direito do Ambiente torna complexa (se não mesmo impossível<sup>12</sup>) a tarefa de construção de um tipo penal ambiental que não esteja, em maior ou menor grau, dependente de normas ou actos administrativos.

Concluimos, portanto, que as infracções ambientais são de natureza essencialmente administrativa: trata-se de violação de obrigações de obtenção de licenças ou autorizações, da violação de condições impostas pela autoridade administrativa (nomeadamente das condições anexas a licenças e autorizações deferidas); e, mais raramente, violação de obrigações materiais impostas directamente pela lei. Ou seja, a vasta maioria das infracções ambientais resultam da violação de obrigações perante a Administração ou que foram por esta impostas.

É ainda relevante compreender a estrutura dos procedimentos administrativos em matéria ambiental. Quase invariavelmente o operador está sujeito a mais do que um procedimento administrativo autorizativo. Frequentemente, estes regimes prevêem mecanismos de articulação entre os diversos sub-procedimentos, criando um procedimento autorizativo global, e a decisão que permite a utilidade pretendida pelo operador (tipicamente, a exploração de uma unidade industrial) apenas será proferida depois de decorridos todos os sub-procedimentos. Esta circunstância garante um nível de integração de informação favorável à efectivação do Direito do Ambiente e fiscalização do seu cumprimento.

Parece-nos, portanto, que se revela especialmente adequado que seja também a Administração a detentora do poder sancionatório relativamente a

---

9 Neste sentido, repudiando a tese de que o Direito Penal dependeria de outros ramos do direito que criariam ilicitude, sendo o Direito Penal meramente sancionatório, *vide* Dias, 2004a: 14.

10 Que pode ser entendida em dois sentidos: a impossibilidade de concretização dos elementos do tipo sem remissões/dependência de actos administrativos; e o Direito Penal enquanto mera forma de tutela ao serviço do Direito Administrativo. Mendes, 2000: 148, Pinto, 2000: 381, Hassemer, 1996: 324 e Silva, 2008: 274.

11 Catenacci & Heine, 1990: 923.

12 A “acessoriedade administrativa apresent[a-se] neste domínio como absolutamente necessária, (...) [não havendo] no momento presente, alternativa viável”. Cfr. Dias, 2001a: 378.

obrigações que ela própria impôs e cujo cumprimento acompanhou e fiscalizou. Daqui resultam vantagens evidentes de eficácia e eficiência. É que por ser também ela a protagonista no procedimento administrativo sancionatório, “encontra-se empiricamente mais próxima dos circuitos de actividade em causa. Pela existência de entidades que têm especificamente a seu cargo estas matérias, a intervenção jurídica pode ser mais célere, mais consequente e mais especializada do que a intervenção das autoridades judiciárias em matéria penal”<sup>13</sup>.

Por um lado, as várias fiscalizações e vistorias que decorrem durante os vários procedimentos são momentos de detecção de infracções ambientais e, sublinhe-se, as entidades fiscalizadoras não estão limitadas na sua apreciação aos elementos relevantes para o procedimento que motivou a vistoria. Assim, a Administração acompanha a actividade do operador – quase inevitavelmente, porque mesmo o operador mais negligente e incumpridor das suas obrigações irá cruzar-se, a certo ponto, com a Administração.

Por outro lado, o Direito do Ambiente é um ramo de reconhecida complexidade técnico-científica, tratando-se por isso de uma área multidisciplinar dentro e fora da ciência jurídica<sup>14</sup>. Ao contrário do que frequentemente sucede com as autoridades judiciárias em matéria penal, a Administração Pública, por força da sua relevância na efectivação no Direito do Ambiente, tem vindo a criar autoridades administrativas especializadas em questões ambientais<sup>15</sup>, com o necessário conhecimento científico, permitindo a célere, eficaz e rigorosa detecção de infracções ambientais e desenrolamento dos procedimentos administrativos sancionatórios. Por isso mesmo, e sem querer analisar aqui a perspectiva adjectiva, verifica-se frequentemente uma concentração do procedimento administrativo sancionatório numa única entidade, que detecta a infracção, realiza as diligências instrutórias e determina a aplicação da sanção.

## II.2. Prevenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionatório

Parece ser de simples fundamentação a ideia de que “a índole fundamentalmente preventiva do direito do ambiente só poderá ser eficazmente prosse-

---

13 Pinto, 2000: 383.

14 Garcia, 2007: 57 e Antunes, 2003: 15.

15 Como, por exemplo, a Agência Portuguesa do Ambiente, Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, Administrações das Regiões Hidrográficas, SEPNA – Serviço de Protecção da Natureza e do Ambiente, Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território.

guida através dos meios do direito administrativo”<sup>16</sup>. De forma igualmente pacífica, tem-se afirmado que “o reforço na implementação de uma acção preventiva [...] [tem de] passar por [...] reforçar os meios de actuação da Administração inspectiva e tornar efectiva a fiscalização e punição das infracções ambientais”<sup>17</sup>. Contudo, há que perceber que conclusões podemos extrair destas ideias no que toca ao papel do Direito Penal.

Neste ponto, torna-se necessário densificar o conceito de prevenção para o Direito do Ambiente, para depois perceber o que existe afinal no Direito Penal ou no Direito Administrativo Sancionatório que potencie a mesma finalidade.

### II.2.1. *Princípio da prevenção*

O princípio da prevenção ocupa posição central no Direito do Ambiente, a nível internacional, comunitário e interno. Numa perspectiva, o princípio da prevenção traduz a ideia de que não deverá ser admitida ou autorizada a actividade humana que irá lesar bens ambientais de forma grave e irreversível<sup>18</sup>. Tem como finalidade última evitar as lesões aos bens ambientais, antecipando a tutela ao não permitir a criação de determinados riscos. Assim, ocupam posição central no princípio da prevenção os conceitos de antecipação, perigo e risco.

A secundarização da reparação dos danos é uma decorrência da centralidade do princípio da prevenção no Direito do Ambiente. Se é verdade que tem sido mais recentemente dedicada alguma atenção à reparação dos danos ecológicos, torna-se evidente que no Direito do Ambiente a tónica é posta na prevenção desses mesmos danos. É certo que existe um dever geral de cuidado e diligência relativamente a direitos e bens alheios em qualquer ramo do direito, e que da sua violação podem advir consequências para o lesante. Contudo, parece ser seguro afirmar que em nenhum ramo do direito se afirmou a prevenção da lesão com tanta amplitude.

A prevenção da lesão dos bens ambientais deve ser identificada, essencialmente, com a antecipação da tutela<sup>19</sup>. A antecipação da protecção significa

<sup>16</sup> Rodrigues, 1999: 953.

<sup>17</sup> Gomes, 2005: 141.

<sup>18</sup> Gomes, 2000: 22.

<sup>19</sup> Poderíamos referir outras dimensões do princípio da prevenção, identificando-o, em geral, com tudo o que possa prevenir a lesão de bens, nomeadamente através da dissuasão de potenciais lesantes. Mas a

que, mais do que não serem admitidas lesões aos bens ambientais, não é permitida a criação de risco de lesão dos bens ambientais. Consequentemente, a mera criação de risco passa a ser fundamento para indeferimento de pretensões ou mesmo de imposição de proibições, medidas preventivas ou de compensação aos operadores económicos. A densificação destas questões e a distinção entre risco e perigo em pouco serviriam a natureza deste trabalho: o que é relevante aqui dar como assente é que o princípio da prevenção terá um conteúdo tanto mais amplo quanto mais aceitarmos a antecipação da protecção.

Há que concretizar em que termos o princípio da prevenção tem sido e pode ser operativo. A sua operatividade mais visível será certamente enquanto critério de actuação da Administração no caso concreto. Mas não é apenas esta a operatividade do princípio. Para além de ser também relevante em termos de interpretação de normas, servirá também enquanto orientação político-legislativa. Neste sentido, são corolários do princípio da prevenção<sup>20</sup> a criação de inversões do ónus da prova<sup>21</sup>, a imposição de uma regra de indeferimento tácito nos procedimentos autorizativos ambientais<sup>22</sup>, o recurso à figura dos actos precários<sup>23</sup>, o reforço dos meios de actuação da administração inspectiva e a efectivação da fiscalização e punição das infracções ambientais.

Chegados a este ponto, há que saber até que ponto existe no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionatório um princípio da prevenção ou mecanismos de aplicação com conteúdo coincidente com o que acabámos de explicar.

### **II.2.2. *Prevenção e Direito Penal: os fins das penas, o Direito Penal de Risco e a antecipação da tutela penal***

O problema dos fins das penas está indissociavelmente ligado ao problema da função e legitimação do Direito Penal e, enquanto tal, é tão antiga como

---

verdade é que no Direito do Ambiente prevenção significa antecipação, e é neste ponto que se diferencia dos outros ramos do Direito.

20 Gomes, 2005: 171.

21 Ou seja, caberia ao particular no âmbito do procedimento administrativo ou processo ambiental a prova de que a sua actividade não irá lesar grave e irreversivelmente os bens ambientais, em vez de ter a Administração de o demonstrar positivamente na fundamentação de actos de indeferimento.

22 Apesar disto, a legislação ambiental tem vindo a adoptar uma regra de deferimento tácito.

23 Gomes, 2007: 247.

a dogmática penalista. Contudo, se é verdade que as finalidades da punição foram debatidas para legitimar a repressão penal e combater as penas cruéis e desumanas, constatamos que as consequências que dessas teorias se podem retirar tocam em vários outros problemas da dogmática penal, nomeadamente ao nível da estrutura da imputação jurídico-penal e dos critérios para determinação da medida da pena.

As teorias dos fins das penas podem ser classificadas de diversas formas, mas para o que aqui é relevante reportamo-nos apenas às finalidades preventivas. O objectivo desta análise é claro e limitado: determinar se o princípio da prevenção tem um conteúdo que corresponda materialmente às finalidades preventivas das penas.

As teorias relativas, apesar de aceitarem que a aplicação da pena significa a imposição de um mal, justificam essa imposição como uma finalidade preventiva, que poderá incidir sobre o próprio agente – prevenção especial, positiva (prevenção integradora) e negativa (intimidatória do agente) – ou sobre a sociedade – prevenção geral, positiva (reforço da validade da norma e da tutela de bens) e negativa (intimidatória da comunidade). Estes conceitos permitem-nos rapidamente concluir que, apesar de denominadas preventivas, as finalidades das penas não têm um conteúdo minimamente coincidente com o princípio da prevenção no Direito do Ambiente.

É certo que estamos a falar de Direito Sancionatório, pelo que nunca o conteúdo do princípio da prevenção poderia ser rigorosamente transposto. De facto, o que está em causa quando falamos de prevenção é a adopção de medidas para evitar lesões, e o Direito Sancionatório é já a reacção a uma lesão. Por outro lado, a prevenção e repressão poderão servir a mesma finalidade, que é a protecção dos bens ambientais, sendo indubitável que o efeito dissuasor do Direito Penal desempenha uma função preventiva. Mas o que se pretende aqui saber não é se o Direito Penal ou o Direito Administrativo Sancionatório podem ter uma dimensão preventiva – fica assente que sim. A questão que se coloca é a de saber se o Direito Penal pode, pela sua natureza e estrutura próprias, antecipar o facto punível de forma a valorar negativamente e com a mesma relevância o dano causado e a criação do perigo, como faz o Direito Administrativo, ao abrigo do princípio da prevenção. Esta possibilidade revelaria a adequação da tutela penal dos bens ambientais, à luz do transversal princípio da prevenção.

Assim, não serão tanto as finalidades das penas que nos podem ajudar nesta tarefa, mas mais o Direito Penal de risco e o problema da antecipação da tutela penal.

O Direito Penal de risco traduz uma funcionalização do Direito Penal às necessidades da sociedade de risco. Implica uma colisão com pontos nevrálgicos do Direito Penal clássico, que tutelava os direitos fundamentais dos indivíduos e sancionava apenas as lesões desses bens. Para o que aqui releva, esta funcionalização implica uma “antecipação decidida da tutela penal para estados prévios (e mesmo ainda muito distantes) da lesão de interesses socialmente relevantes”<sup>24</sup>.

A realidade do Direito Penal de risco tem demonstrado exigir, para além da mutação de um Direito Penal fragmentário para um Direito Penal expansivo<sup>25</sup>, uma alteração de diversos paradigmas do Direito Penal clássico<sup>26</sup>, para permitir a punição alargada de condutas omissivas ou negligentes, a responsabilização das pessoas colectivas, a construção de tipos aditivos ou cumulativos, a desmaterialização do bem jurídico<sup>27</sup> e o aumento do número de tipificações de crimes de perigo<sup>28</sup>.

Ora, distinguem-se os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstracto, consoante a criação de perigo seja ou não elemento do tipo, havendo quanto aos segundos uma presunção inilidível de perigo da conduta. Podemos afirmar desde já que se trata assim de uma antecipação da tutela semelhante à que é exigida pelo princípio da prevenção no Direito do Ambiente,

---

24 Dias, 2004a: 132. O Direito Penal de risco é objecto das maiores querelas na dogmática jurídico-penal da actualidade, por haver quem sustente, em especial a Escola de Frankfurt, que o Direito Penal não pode servir para tutelar os riscos da sociedade pós-industrial, estando limitado à tutela dos direitos individuais. Dias, 2009: 216.

25 Que coloca em causa ou, pelo menos, obriga a uma reformulação do princípio da subsidiariedade do direito penal (Prittowitz, 2004: 38, Silva, 2005: 262). De facto, “assiste-se à crescente utilização do Direito Penal como meio de condução e controlo de sectores da actividade social que surgiram por via da dinâmica da diferenciação social e se emanciparam relativamente à racionalidade prático-ética. É essa utilização que, como vimos já, promove a expansão e a conseqüente hipertrofia da matéria penal, a flexibilização e descaracterização das categorias e critérios de imputação tradicionais e a crescente desformalização do processo penal o que, tudo somado, contribui para o sacrifício injustificado de direitos fundamentais, para a perda da convicção de obrigatoriedade das leis penais e para a desvalorização da pena que se vê transformada num risco social” (Dias, 2009: 31).

26 Dias, 2001b: 598, Hassemer, 1992: 237.

27 Dias, 2009: 771.

28 Em geral, entende-se por crime de perigo aquele em que a realização do tipo não tem como consequência a lesão efectiva do bem jurídico, bastando-se antes com a mera colocação em perigo do bem jurídico protegido.

em que existe um desvalor do perigo criado e não só do dano ambiental efectivamente causado.

Compreende-se bem a utilização desta estrutura de tipo num Direito Penal do risco: dispensa-se a comprovação da lesão, deixando de ser necessária a demonstração de um nexo de causalidade de um facto em relação a um dano<sup>29</sup>. Assim, torna-se necessário demonstrar apenas a perigosidade da acção – nos crimes de perigo concreto – ou simplesmente provar os factos constitutivos do tipo – nos crimes de perigo abstracto.

Contudo, os crimes de perigo (em especial, de perigo abstracto) debatem-se com problemas de conciliação com o princípio da culpa e o princípio da legalidade com consagração constitucional, cabendo portanto questionar a admissibilidade do sacrifício de um princípio de Direito Penal constitucional em nome da protecção penal de bens jurídicos que não são individuais<sup>30</sup>. Ademais, à culpa costuma ser contraposta precisamente a ideia de perigosidade (individual), aquando da fundamentação das penas e das medidas de segurança<sup>31</sup>, o que pode causar ainda mais estranheza. E a responsabilidade penal por criação de meras situações de perigo, sem ter em consideração a lesividade efectiva da conduta do agente, rompe em absoluto com os postulados básicos do Direito Penal e aproxima-o do que é mais próprio do Direito Administrativo<sup>32</sup>.

Assim, caberá questionar “onde radica a legitimidade do Estado para punir meras situações de pôr-em-perigo ou ainda para punir não aquelas concretas situações de pôr-em-perigo, mas tão-somente a situação «potencial» de pôr-em-perigo”<sup>33</sup>? É que, se parece ser clara a dignidade constitucional do ambiente (estando fundamentada, por isso, a sua dignidade penal), já não é isenta de dúvidas a legitimidade ou dignidade de delitos de perigo ambiental abstracto<sup>34</sup>.

29 Hassemer, 1992: 242 e Moura, 1992: 24.

30 Moura, 1992: 24.

31 Dias, 2004a: 83.

32 Mendoza Buergo, 1990: 298.

33 Costa, 2000a: 568. É também necessário saber quais os critérios para determinar a linha de probabilidade de concretização do risco a partir da qual há uma situação de perigo jurídico-penalmente relevante (Costa, 2000a: 578).

34 Dias, 1978: 17. Note-se, contudo, que o autor parece ter mudado a sua posição relativamente à admissibilidade constitucional de crimes de perigo abstracto em geral, conforme resulta de Dias, 2004a: 293. Também Costa, 2000a: 571 explicita que “se nem todas as criminalizações de condutas violadoras de

Não poderíamos aqui abordar esta problemática em toda a sua amplitude. Mas podemos sublinhar que, tendencialmente, será legítima a estruturação do tipo como de perigo abstracto quando a conduta típica for descrita de uma forma “precisa e minuciosa”<sup>35</sup> e a “conduta proibida vis[e] proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional”<sup>36</sup>.

Finalmente, caberá ainda neste ponto fazer referência aos crimes de perigo abstracto-concreto ou crimes de aptidão. Se formalmente continuamos a falar de crimes de perigo abstracto – isto é, em que o perigo não é elemento do tipo –, apenas são puníveis as condutas “apropriadas ou aptas a desencadear o perigo proibido no caso”<sup>37</sup>. Há assim quem defenda que, na medida do possível, os crimes de perigo abstracto devem ser convertidos em crimes de perigo abstracto-concreto, de forma a resolver os problemas que se colocam ao nível do princípio da culpa, naqueles casos em que o bem jurídico não foi posto em perigo. Esta construção dogmática é relevante para o nosso estudo na medida em que é ilustrativa dos problemas de legitimação dos crimes de perigo abstracto.

Caberá agora tentar retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, voltamos a afirmar que a antecipação da tutela penal para estágios anteriores – por vezes muito distantes – da efectiva lesão do bem jurídico, em especial através dos crimes de perigo abstracto, é um mecanismo semelhante aos do princípio da prevenção no Direito Administrativo. Tanto assim é que os crimes de perigo parecem ser o modelo *standard* nas reformas penais mais recentes,

---

bens jurídicos são legítimas, forçoso é também aceitar, mesmo que só em termos lógico-argumentativos, que nem todos os meios – neste contexto, nem todas as técnicas de construção do tipo – merecem o juízo abonatório de incontestada legitimidade”.

35 Dias, 2004a: 293.

36 Assim, a título de exemplo, Costa, 2000a: 646 refere que não é legítima a norma que preveja que “aquele que andar com chapéu na cabeça será punido com pena de prisão de...”, uma vez que, apesar de os elementos do tipo estarem perfeitamente delimitados, não se consegue descortinar qual o bem jurídico-penal protegido. Por isso, autonomizamos um outro requisito para a legitimidade da incriminação mediante um crime de perigo abstracto: que seja possível identificar qual o bem jurídico tutelado (Dias, 2004a: 293). Há inúmeras outras construções relativas aos crimes de perigo abstracto: poderão ser vistos como casos de violação de deveres de cuidado sem consequências, havendo mesmo quem entenda que não estaremos perante protecção de bens jurídicos mas da validade da norma em si mesmo considerada como bem jurídico (Jakobs), ou garantia de segurança (Kindäuser, *apud* Roxin, 1997: 409).

37 Dias, 2004a: 294.



não tendo os crimes ecológicos fugido à regra<sup>38</sup>. Neste sentido, conseguimos encontrar no Direito Penal a consagração do princípio da prevenção.

Contudo, a antecipação da tutela penal coloca problemas que deixam as maiores dúvidas relativamente à compatibilidade do Direito do Ambiente – preventivo e carente de uma sistemática tutela antecipada – com a própria natureza, postulados e princípios de Direito Penal, entre os quais se destacam, desde logo, os princípios da subsidiariedade e da culpa.

É especialmente elucidativo que, após a consagração (mais que) frequente de crimes de perigo abstracto, a doutrina continue a debater-se com a tentativa de legitimação e justificação desta estrutura, mesmo após uma manifesta flexibilização de paradigmas do Direito Penal clássico. É ainda notória a procura dogmática de alternativas cuja legitimação seja clara, mas que, contudo, afastarão necessariamente o Direito Penal do princípio da prevenção<sup>39</sup>.

### II.2.3. *Prevenção e Direito Administrativo Sancionatório: a sanção pelo facto ex ante*

É curioso verificar que inexistente na doutrina administrativista literatura jurídica com desenvolvimento paralelo ao da doutrina penalista quanto à estrutura da infracção. Perguntamo-nos, portanto, se devemos aproveitar algum do labor já desenvolvido nesta área pelos penalistas para uma dogmatização do Direito Administrativo Sancionatório.

Em geral, não tem a doutrina administrativista ou penalista tido grande pudor quanto à aplicação dos princípios e teoria de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionatório, com algumas consequências nefastas, nomeadamente ao nível da assunção da função própria deste ramo do direito e do seu desenvolvimento doutrinário autónomo.

Contudo, há que constatar que não é óbvia a necessidade de dogmatização da estrutura das infracções administrativas. É que os problemas relacionados com a antecipação da tutela penal (em especial, os relacionados com a tutela de bens jurídicos com dignidade penal) não se colocam no Direito Administrativo Sancionatório. Demonstração disso mesmo é a utilização (mais que)

38 Mendoza Buergo, 1990: 297.

39 Neste mesmo sentido, acrescentando que mesmo quando actua preventivamente o Direito Penal não consegue resultados satisfatórios, refere Hassemer, 1996: 324 que o “direito ambiental visa a prevenção, enquanto o direito penal, por seu turno, não só não actua preventivamente, por via de regra, como também, quando seja o caso de se querer fazê-lo actuar dessa forma, nada mais se consegue do que obter resultados sofríveis”.

frequente – e nada censurada – de uma estrutura em tudo semelhante à dos crimes de perigo abstracto.

De facto, o Direito Administrativo Sancionatório pode abarcar condutas axiológico-socialmente neutras, uma vez que, materialmente, é isso que o distingue do Direito Penal<sup>40</sup>. Com isto não pretendemos afirmar que não existe ilicitude na conduta objecto da sanção administrativa. Contudo, não tem de incidir sobre esta conduta a censura ético-social (reflexo do princípio da culpa) exigível ao (e limitadora do) Direito Penal<sup>41</sup>: a ilicitude no Direito Administrativo Sancionatório advém de uma proibição legal<sup>42</sup>. Num exemplo extremo, não é necessária a invocação de uma norma que preveja directamente a proibição de matar, porquanto a ilicitude de matar resulta da censura axiológica que a mesma merece. Pelo contrário, a aplicação de uma sanção administrativa pressupõe sempre a invocação da norma violada (proibição legal) e da norma que prevê a sanção correspondente.

Tudo isto serve para concluir que, se é verdade que parece ser possível a aplicação das teorias de construção dos tipos penais aos tipos de Direito Administrativo Sancionatório – infracções de dano ou de perigo –, a verdade é que tal não é particularmente relevante, na medida em que os problemas que lhe estão associados – e que tornam necessária a distinção – não se colocam.

Diga-se desde já que encontramos necessariamente no Direito Administrativo Sancionatório o princípio da prevenção, no sentido de antecipação da tutela. Isto decorre de vários factores. Em primeiro lugar e como explicitado anteriormente, o Direito do Ambiente é essencialmente preventivo. Aliás, quase todo o Direito Administrativo assenta em juízos de prognose. Logo, um ramo do direito que visa especificamente sancionar violações de Direito Administrativo do Ambiente tem de seguir o mesmo paradigma; consequentemente, é difícil ao Direito Penal afastar-se de uma antecipação quase extremada da tutela enquanto se vir na sombra do Direito Administrativo. Por outro lado, o Direito Administrativo Sancionatório não se encontra espartilhado pela dogmática base quanto à legitimação da intervenção penal, associada aos princípios da culpa e da subsidiariedade.

---

40 Conforme refere Nieto, 2005: 182, “delito será el incendio de un inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar fácilmente un incendio”.

41 Carvalho, 2003: 64 e Dias, 2004a: 150.

42 Não falta quem questione a legitimidade da criminalização dos *delicta mere prohibita*, infracções a meros interesses funcionais e que não têm ligação com chamado mundo da vida e experiência prática, conceitos relacionados com o consenso social quanto aos valores fundamentais (Dias, 2004a: 113).

Assim, e em decorrência da conjugação destes dois primeiros pontos, a própria genética do Direito Administrativo Sancionatório impele-o para a antecipação da tutela, por força da natureza preventiva do Direito Administrativo e da sua vocação para sancionar as infrações de proibições legais. Por isso, a prevenção no Direito Administrativo Sancionatório não se dirige contra o resultado mas sim contra a utilização dos meios adequados a produzir um resultado; não se trata somente de evitar a lesão mas antes de prevenir a possibilidade de que esta se venha a produzir<sup>43</sup>.

### II.3. Em especial, a eficácia processual e procedimental

Serve esta parte do nosso estudo para dar conta das características próprias do processo penal e do procedimento administrativo sancionatório para daí retirar conclusões quando à sua eficácia e adequação para tutela dos bens ambientais. Existe um conjunto de considerações gerais que devem ser tecidas nesta sede, mas que são aplicáveis a qualquer área jurídica. Contudo, e como demonstraremos *infra*, entendemos que existe uma questão que tem especial relevância quando falamos de tutela de bens ambientais: o princípio da oportunidade.

#### II.3.1. *Da inflexibilidade garantística do processo penal, da (suposta) flexibilidade do procedimento administrativo sancionatório e da fuga às garantias do processo penal*

Dizer que o processo penal é formal e garantístico não é uma ideia nova. São conhecidas as normas constitucionais que consagram garantias e direitos de defesa dos cidadãos contra o *ius puniendi*. Por isso mesmo, o processo penal assume estruturas rígidas baseadas em princípios como o acusatório, inquisitório, contraditório, presunção de inocência, entre muitos outros. Da necessidade de garantir esses direitos de defesa surge uma regulação pormenorizada e unitária da estrutura do processo, o que parece imprimir ao processo penal outras características: morosidade e complexidade. É também evidente que o Direito do Ambiente é precisamente uma das áreas em que a investigação criminal se revela ineficiente e desadequada. Por isso, variados são os autores que se têm vindo a debruçar sobre o problema da flexibilização do processo penal, em especial considerando as novas necessidades da sociedade de risco,

43 Nieto, 2005: 182.

sendo as reformas do processo penal discutidas, em grande parte, em torno do binómio eficiência do processo/garantias do arguido<sup>44</sup>.

O procedimento administrativo sancionatório apareceria, assim, como o oásis no meio do deserto da complexidade processual penal, que permitiria de forma eficaz e eficiente punir os infractores e assim contribuir para a protecção dos bens ambientais. Para além de os prazos serem mais reduzidos, as garantias de defesa serem menores e da possibilidade de *reformatio in pejus*, o dever de colaboração dos infractores com as autoridades administrativas permite maior facilidade na obtenção de meios de prova, o que é especialmente relevante se considerarmos a complexidade técnico-científica do Direito do Ambiente. Tudo isto parece evidenciar as vantagens de eficácia e eficiência do Direito Administrativo Sancionatório<sup>45</sup>.

Contudo, a realidade é que, talvez por falta de desenvolvimentos dogmáticos próprios, os modelos e paradigmas do Direito Processual Penal têm vindo lentamente a ser transpostos para o Direito Administrativo Sancionatório<sup>46</sup>. É certo que este fenómeno tem também razão de ser: o alargamento das suas zonas de intervenção, o aumento da gravidade das sanções aplicáveis<sup>47</sup> e a crescente complexidade do seu regime<sup>48</sup> justificam uma protecção acrescida dos direitos de defesa do arguido. Começa a criar-se um verdadeiro Direito Penal aplicado pelas autoridades administrativas e sem as garantias do Processo Penal<sup>49</sup>, o que evidencia uma cedência das garantias dos cidadãos face às necessidades de eficácia do sistema.

---

44 Teixeira, 2000: 75 e Beleza, 1997: 9.

45 Tiedemann, 1993: 230.

46 Esta transposição é surpreendente na medida em que o recurso generalizado ao Direito Administrativo Sancionatório surge com a conclusão que se estava a fazer uma utilização indiscriminada do Direito Penal para protecção de toda e qualquer espécie de fins ou interesses do Estado, num fenómeno de hipertrofia do Direito Penal. Surgiu, assim, um pouco por toda a Europa continental, um fenómeno de descriminalização, com recurso ao Direito Administrativo Sancionatório, tendo em vista a libertação em relação às categorias e aos corolários formais do Direito Processual Penal. Sendo essa a *ratio* da expansão do Direito Administrativo Sancionatório, esperar-se-ia que o mesmo não viesse a padecer das mesmas limitações que o Direito Processual Penal. Para compreender esta evolução, *vide* Correia, 1973: 257, Pinto, 1998: 259 e Lozano Cutanda 1990: 393.

47 As sanções administrativas pecuniárias e acessórias aproximam-se frequentemente das sanções penais, sendo as sanções pecuniárias em muitas áreas – como no Direito do Ambiente – em montantes muito superiores aos das multas aplicáveis aos crimes ambientais.

48 Pinto, 1998: 271.

49 Pinto, 1998: 209. Neste sentido, veja-se o Acórdão de 24 de Fevereiro de 1994 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Bendenoun v. França* (Processo n.º 12547/86).

Por outro lado, parece ser cada vez mais utópica a ideia de que é possível criar um sistema comum para todos os tipos de ilícitos administrativos. A expansão do Direito Administrativo Sancionatório levou a que o mesmo abarque áreas diversas e com necessidades muito variadas, desde infracções fiscais simples e violações do Código da Estrada, a infracções de enorme complexidade técnica e de investigação, como são as novas áreas de regulação do Estado (financeiro, económico, ambiental)<sup>50</sup>.

Podemos assim concluir que se é verdade que tendencialmente o processo penal é mais inflexível e garantístico que o procedimento administrativo sancionatório, este último também não é isento de ineficiências procedimentais e de problematização dogmática.

### II.3.2. *Em especial, o Princípio da Oportunidade*

#### II.3.2.1. *Colocação do problema: legalidade vs. oportunidade*

Nesta parte do nosso estudo reportamo-nos a dois princípios tipicamente associados ao regime da acção penal: o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade. Se o princípio da legalidade impõe o exercício da acção penal quando estão verificadas as condições objectivas indispensáveis de ordem material e processual<sup>51</sup>, já o princípio da oportunidade acomete à entidade competente a elaboração de um juízo discricionário de perseguição ou não do infractor<sup>52</sup>.

50 Nesse sentido, reflecte Veloso, 2006: 59 que o Regime Geral das Contra-ordenações, aprovado pela Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro “só tem sentido para pequenas infracções, facilmente investigadas, com implicações sociais limitadas, e sujeitas a penas ligeiras”.

51 Correia, 1965: 218.

52 Referimo-nos ao princípio da oportunidade sem ser em sentido formal: tal como tem vindo a ser evidenciado por relevante doutrina, a imposição de juízos de legalidade estrita é algo que, na prática, sofre os maiores obstáculos. O juízo de oportunidade base pode ser feito, desde logo, pela vítima do crime; também os órgãos de polícia criminal não levantam sempre auto de notícia ou de denúncia, mesmo sendo obrigatório, relativamente a todos os crimes de que têm conhecimento. Contudo, tais circunstâncias não têm um substrato jurídico-formal, referindo-se tão-somente à inevitabilidade das coisas e, na sua maioria, a fases pré-processuais (Silva, 2000: 44). Por outro lado, o Ministério Público terá sempre uma margem de liberdade, nem que seja no juízo que faz quanto à existência de indícios suficientes para acusação do agente; também aqui não há juízos de oportunidade mas somente do exercício normal da sua competência, dando certos pressupostos como preenchidos ou não. Sem descurar a relevância prática da actuação informal, nesta sede importa apenas a oportunidade enquanto consenso ou disponibilidade do objecto, ou seja, enquanto discricionariedade: a existência de duas – ou mais – soluções juridicamente válidas perante um caso concreto e cuja escolha está dependente da valoração feita casuisticamente pela entidade competente. As manifestações de princípio da oportunidade no regime dos crimes particulares

Esta questão não é nova.<sup>53</sup> Trata-se em rigor de uma tensão entre considerações de natureza principiológica e outras de ordem pragmática, e até mesmo de realização de justiça material: se, por um lado, ao abrigo do princípio da oficialidade e da igualdade, todos os cidadãos devem ser punidos pelo Estado de igual forma, estando verificados os pressupostos da norma formal, a verdade é que afigura-se utópica a ideia de perseguição de todas as infracções à lei formal. Ademais, haverá mesmo casos em que a não perseguição do infractor se revela mais conforme à justiça material que o cego exercício da acção penal.

Apesar de sempre ter sido estudada principalmente à luz do processo penal, esta tensão tem também relevância para o procedimento administrativo sancionatório: de facto, também aqui podemos colocar a questão de saber se os juízos de oportunidade podem ser relevantes na decisão de aplicação da respectiva sanção, quando estão verificados os pressupostos para a sua aplicação.

A relevância da questão na economia deste trabalho resulta do facto de a flexibilidade processual e procedimental que decorre do princípio da oportunidade trazer uma maior eficácia na protecção dos bens ambientais, permitindo prevenir (agora no sentido comum do termo) lesões, conforme se concretizará. Por isso, o Direito Penal ou Administrativo Sancionatório serão tanto mais adequados para a tutela ambiental quanto maior for a possibilidade de recorrer a juízos de oportunidade.

### II.3.2.2. *Oportunidade e processo penal*<sup>54</sup>

A primeira abertura ao princípio da oportunidade pode surgir quanto às fases preliminares do processo penal (numa fase ainda não judicial). Em consonância com o princípio da legalidade, sempre que houvesse notícia de um crime teria de ser formalmente iniciado o correspondente processo penal<sup>55</sup>, sendo certo que não haverá abertura de inquérito quando a denúncia é manifesta-

---

e semi-públicos (Teixeira, 2000: 33) revelam uma mera disponibilidade do processo pelos ofendidos e não por uma entidade pública, pelo que não são aqui relevantes.

53 Costa, 2000b: 83.

54 Centramos a nossa breve análise no regime jurídico português.

55 No nosso ordenamento jurídico, iniciar-se-ia a fase de inquérito; nos termos do artigo 262.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português “Ressalvadas as excepções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito”. A ressalva aqui prevista tem em vista o regime próprio dos crimes públicos e semi-públicos (Gonçalves, 2009: 553).

mente infundada ou não concretizada<sup>56</sup>. Pode ainda haver ao longo de todo o processo penal, até ao seu término, a admissibilidade de juízos de oportunidade, antes ou depois da passagem para a fase judicial do processo penal. Trataremos estes casos unitariamente, embora a distinção pudesse ser útil num estudo aprofundado sobre o assunto<sup>57</sup>.

A consagração de mecanismos de oportunidade tem ocorrido desde logo ao nível constitucional, quando se admitem imunidades parlamentares e regimes especiais de exercício da acção penal quanto a órgãos de soberania<sup>58</sup>. Mas para além destas consagrações (com uma *ratio* diversa), podemos encontrar diversos mecanismos de oportunidade, como é o caso do arquivamento do processo<sup>59</sup>, a suspensão provisória do processo<sup>60</sup> ou até mesmo formas processuais específicas em caso de consenso<sup>61</sup>.

São apontadas diversas razões a favor de uma consagração do princípio da oportunidade no processo penal: o alívio dos tribunais de processos sem gravidade objectiva; os inconvenientes – até para a vítima – de uma audiência formal ou a prevenção da instrumentalização do processo penal para finalidades de ódio ou rancor pessoais. Ademais, haverá situações em que o diminuto grau de ilicitude, a *quase* justificação do facto ou a *quase* exclusão da culpa, a antiguidade dos factos, a idade do agente e a suficiência das sanções não penais justificariam o recurso ao princípio da oportunidade, assim como

---

56 A menos que se tenha uma concepção amplíssima do processo penal, estaremos não perante o início de um inquérito mas simplesmente de uma investigação pré-processual (Silva, 2000: 44). Uma vez mais, não nos parece que estejamos a falar aqui de oportunidade em sentido próprio.

57 Veja-se, neste ponto, Dias, 2004b: 127, que considera que o princípio da imutabilidade impõe uma indisponibilidade absoluta do objecto do processo a partir do momento em que o tribunal for chamado a pronunciar-se, ao contrário do que sucede em sistemas processuais marcadamente de oportunidade, como é o caso do norte-americano.

58 Por exemplo, na Constituição da República Portuguesa, encontramos mecanismos de oportunidade quanto a crimes praticados pelo Presidente da República (artigo 130.º, n.º 2) e por Deputado (artigo 157.º).

59 Referimo-nos a casos de arquivamento do processo não por falta de indícios que justifiquem a acusação ou por ter sido recolhida prova que demonstra que o arguido não praticou o crime, mas antes por entender que no caso não se justifica a aplicação de uma pena. No nosso ordenamento, a figura está consagrada no artigo 280.º do Código de Processo Penal.

60 Trata-se de uma suspensão do processo sob determinadas condições e que, se cumpridas e decorrido um prazo, culminam no arquivamento do processo. A suspensão provisória do processo está prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal. Sobre este assunto, veja-se Galain Palermo, 2009: 612.

61 Por exemplo, a adopção da forma de processo sumaríssimo, nos termos do artigo 392.º do Código de Processo Penal (Santos, 2005: 137). Análises comparadas podem ser encontradas em Teixeira, 2000: 75 e Armenta Deu, 1991: 43.

em casos de simples desnecessidade de punição, por inexistência, no caso concreto, de qualquer razão preventiva que a justifique.<sup>62</sup>

Contra o princípio da oportunidade, pode desde logo colocar-se a questão de saber se pode existir qualquer discricionariedade no exercício da acção penal, considerando que não estamos perante um processo de partes e que não existe disponibilidade do objecto. O maior obstáculo à sua consagração tem sido o princípio da igualdade, que obrigaria a que, verificados os pressupostos substantivos e adjetivos, fosse exercida a acção penal<sup>63</sup>.

Apesar de todas as vantagens do princípio da oportunidade, torna-se claro que nos sistemas com matriz legalista as cedências feitas têm como finalidade a flexibilização do processo penal tendo em vista o desentorpecimento dos tribunais, funcionando as outras razões *supra* identificadas – como o diminuto grau de culpa ou a quase justificação do facto – como limites negativos ao princípio da oportunidade e não propriamente como *ratio* da sua consagração. Por isso mesmo, as consagrações do princípio da oportunidade vêm a sua aplicação limitada a casos em que a quebra da solenidade e inflexibilidade garantística do processo penal é vista com menor gravidade: os casos de criminalidade de bagatela.

Por outro lado, as cedências ao princípio da oportunidade passam pela consagração de mecanismos de oportunidade estritamente regulada em que o legislador impôs critérios rigorosamente delimitados. Neste cenário, é até duvidoso que haja sequer qualquer margem efectiva de apreciação, ou se existe verdadeiramente consagração de um princípio de oportunidade, uma vez que as opções do Ministério Público são, em muitos casos, nulas, considerando os requisitos exigidos pela lei.

Chegados a este ponto, há que compreender como podem estes mecanismos servir a protecção dos bens ambientais de forma mais eficiente e/ou adequada. Em primeiro lugar, veja-se que, como referido, as finalidades dos mecanismos processuais do princípio da oportunidade referidos parecem ser estritamente intra-processuais, funcionando qualquer outra circunstância unicamente como limite. Há, certamente, vantagens de celeridade e economia processual, mas que não são específicas da tutela de bens ambientais. Diga-se, contudo, que esta falta de adaptação é previsível: sendo o processo

---

62 Costa, 2000b: 87.

63 Costa, 2001: 37 e Teixeira, 2000: 47.



penal solene e inflexível, tem um regime unitário, isto é, tendencialmente inadaptável a áreas jurídicas específicas.

Por outro lado, a ausência de juízos de oportunidade quanto ao início do processo retira grande parte das vantagens que poderiam decorrer de um princípio da oportunidade no processo penal em geral. Concluímos, portanto, que a timidez do princípio da oportunidade no nosso sistema processual resulta de limitações de ordem constitucional, relacionadas, em geral, com a natureza garantística do processo penal, que impedem uma adequação às necessidades específicas de tutela de bens ambientais.

### II.3.2.3. *Oportunidade e procedimento administrativo sancionatório*

Se o princípio da oportunidade tem sido um dos tópicos de maior discussão quanto ao moderno Direito Processual Penal, o mesmo já não pode ser dito quanto ao Direito Administrativo Sancionatório<sup>64</sup>. Classicamente, e tal como já tem vindo a ser dito ao longo deste estudo, há inevitavelmente dois postos de observação para quem estuda Direito Administrativo Sancionatório: o Direito Administrativo e o Direito Penal. Estes dois postos de observação levam a que haja uma transposição dos paradigmas de cada um destes dois ramos do direito para o Direito Administrativo Sancionatório. Parecem existir, portanto, duas opções: ou consideramos que, sendo aplicado por entidades administrativas, vigoram necessariamente os juízos de discricionariedade típicos do Direito Administrativo; ou defendemos uma vigência do princípio da legalidade, com as concessões ao princípio da oportunidade expressamente previstas na lei, uma vez que estamos perante Direito Sancionatório<sup>65</sup>.

Parece-nos ser da maior utilidade para o estudo a que nos propusemos conseguir afastar tais tendências dualistas, e tentar compreender o que mais se adequa à natureza do Direito Administrativo Sancionatório.

O facto de estarmos ainda perante Direito Sancionatório leva a que seja invocado o princípio da legalidade, por indisponibilidade do objecto. Os argumentos invocados são essencialmente os mesmos da doutrina processual penalista: o princípio da igualdade, o reforço da vigência da norma e das

---

64 Encontramos uma excepção em Veiga, 2009: 139.

65 Apesar de haver dois postos de observação, não podemos identificar os administrativistas ou os penalistas com qualquer um deles. Enterría & Fernández, 2002: 190 defendem que “en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración”. Contudo, não avançam qualquer fundamentação para esta afirmação.

finalidades preventivas da sanção, a corrupção, a criação de uma posição de submissão do particular face à Administração.

Do outro lado da discussão, encontramos dois tipos de argumentos. Nos argumentos de ordem prática, é inevitável a constatação de que a Administração apenas pune uma percentagem ínfima das infracções que detecta<sup>66</sup>. Afirme-se, portanto, que *ad impossibilia nemo tenetur* (o Direito pára perante as portas do impossível)<sup>67</sup>. É certo que estamos apenas perante um argumento de ordem de prática mas há que questionar se o Direito irrealizável – e não meramente irrealizado – ainda é Direito...

Mas é o facto de serem entidades administrativas as detentoras do poder administrativo sancionatório que mais dúvidas nos coloca quanto à plena vigência do princípio da legalidade. É que a ponderação de interesses conflitantes é, por natureza, função essencial da Administração, não podendo o mesmo ser afirmado quanto ao Ministério Público, que parece prosseguir um único objectivo: a punição (justa) dos infractores. A Administração Pública defende o interesse público; mas sob esse conceito, aparentemente unitário, subdividem-se vários interesses públicos, muitas vezes conflitantes. Por isso, repete-se, administrar passa sempre – e com grande centralidade – pela ponderação de interesses públicos conflitantes.

Ora, a aproximação do Direito Administrativo Sancionatório ao Direito Penal substantivo leva à tentação de transposição do modelo processual penal. Contudo, “a formalização característica da actividade repressiva não pode sacrificar os fins últimos da instituição”<sup>68</sup>. Adaptando uma expressão clássica da história do contencioso administrativo<sup>69</sup>, punir infracções administrativas é ainda administrar, uma vez que mesmo nas suas vestes sancionatórias estamos ainda a falar de Administração, que não exerce, a título principal, funções de Justiça mas sim de polícia ou disciplina<sup>70</sup>; e não pode nesse exercício deixar de ponderar outros interesses pelos quais também vela, por imposição da lei.

---

66 Sendo certo que “una cosa es que la Administración no pueda controlar en todo momento la actuación de los ciudadanos y otra que, conocida la infracción, tenga la potestad discrecional de sancionar” (Gómez Tomillo, 2008: 580, nota 5) esta impossibilidade não é apenas aplicável às infracções conhecidas mas também às infracções detectadas.

67 Nieto, 2005: 133.

68 Veloso, 2006: 58,

69 Referimo-nos à expressão “Julgar a administração é ainda administrar”.

70 Veloso, 2006: 58.

É que ao contrário do que parece ser uma assumpção generalizada, a punição das infracções ambientais nem sempre leva a uma superior protecção de bens ambientais.

Serve este excurso para concluir que, se a aplicação da lei ao caso concreto pela Administração não passa por uma mera operação de subsunção, mas antes por operações de valoração de interesses e juízos de prognose, não pode senão vigorar um princípio de oportunidade (ou seja, discricionariedade) no procedimento administrativo sancionatório. Esta valoração aparece em todas as fases do procedimento administrativo, principalmente no seu início.

Não concordamos que apenas possa vigorar um princípio de oportunidade para o início do procedimento administrativo sancionatório.<sup>71</sup> Não vemos razão para esta distinção: o princípio da oportunidade aplica-se quer à actividade informal da Administração quer ao procedimento em sentido formal. Não vemos óbice a que se decida pela não aplicação de uma sanção ou até pelo arquivamento durante o procedimento, uma vez que estamos perante uma invocação legítima da protecção de outros interesses relevantes e não de um acto camuflado ou clandestino da Administração.

Façamos agora a relação com os mecanismos do princípio da oportunidade no processo penal que, face ao que fica descrito, parecem agora ainda mais inflexíveis. Também encontramos no procedimento administrativo sancionatório mecanismos semelhantes aos do processo penal, descritos *supra*. Contudo, as autoridades administrativas, salvo expressa limitação legal, podem ainda utilizar outros parâmetros, critérios e ponderações de interesses que se encontram vedados aos Tribunais. No nosso entendimento, o princípio da oportunidade não parece ser mais do que a discricionariedade administrativa<sup>72</sup> no direito adjectivo.

Aproveitamos este ponto para recuperar uma questão já suscitada mas não devidamente densificada. Grande parte dos obstáculos que a doutrina levanta ao princípio da oportunidade está relacionada com o receio que se abra a porta à arbitrariedade, numa área sem juridicidade ou parâmetros de controlo. Sucede que há muito que as mesmas dúvidas foram discutidas pela doutrina administrativista, que concluiu pela vinculação da Administração a

---

71 Gómez Tomillo, 2008: 581, nota 6, Lozano Cutanda, 2003: 91 e Cabrerros Mendazona, 2000: 1454.

72 Para uma conceptualização da discricionariedade administrativa, *vide* Wolff, Bachof & Stober, 2006: 461 e Ayala, 1995: 131.

um bloco de juridicidade<sup>73</sup>, mesmo em áreas de actuação informal. O maior garante da juridicidade das decisões da Administração é o dever de fundamentação e o princípio da igualdade. Aliás, é nas decisões com maior margem discricionária (maior amplitude do princípio da oportunidade) que o princípio da igualdade ganha relevo autónomo, uma vez que é parâmetro para o caso concreto e não apenas *ratio* para uma norma que determina a solução no caso concreto.

Não pretendemos com isto tudo significar que não há especificidades no Direito Administrativo Sancionatório face ao Direito Administrativo em geral. Em primeiro lugar porque se é verdade que a função da Administração sancionatória não é de justiça, também não deixamos de reconhecer que existe uma “proibição de prosseguir o interesse público de forma injusta”<sup>74</sup>. Por isso mesmo, as decisões administrativas nesta matéria são objecto de recurso para os Tribunais que, tendencialmente, seguem formas de processo semelhantes às processuais penais e não as formas comuns de impugnação de actos administrativos.

Uma questão paralela, mas de grande interesse para a compreensão do que aqui se defende, é a de saber qual deve ser, nestes casos, o limite de apreciação do tribunal, caso haja recurso, considerando o princípio da separação de poderes. Parece-nos que aqui se inverte “a relação entre a Autoridade e o Tribunal, porque o Tribunal é que deve conformar-se com o juízo de polícia da Autoridade, recebendo-o como critério do caso, e não o contrário”<sup>75</sup>. Há que concluir que neste contexto a Administração tem de fundamentar a sua decisão (seja ela qual for) e o Tribunal pode decidir em contrário se entender que houve violação do princípio da igualdade (arbitrariedade), ainda que o acto tenha sido praticado no estrito cumprimento formal da lei.

Note-se que a ponderação de interesses não pode ser uma fórmula vaga que aceite a ponderação de quaisquer interesses, nem mesmo de quaisquer

---

73 Otero, 2003: 181, 411 e 733.

74 Veloso, 2006: 58.

75 Veloso, 2006: 58. Também Nieto, 2005: 135 sublinha que “en principio parece que corresponde a la Administración, y no al juez, valorar las circunstancias determinantes del ejercicio de la facultad sancionadora, decidiendo en consecuencia. Lo cual es cierto y, por ello, el juez no debe substituir el criterio administrativo por su propio (...). En un contexto de tolerancia, la Administración tiene que justificar las razones que le impulsan a perseguir a un infractor y si el Tribunal revisor aprecia que a habido arbitrariedad deberá anular el acto sancionador aunque haya sido dictado en estricto cumplimiento de la norma y ello porque el vicio del acto se halla en la arbitrariedad manifestada en forma de desviación de poder”. Sobre este assunto, veja-se ainda Gómez Tomillo: 2008: 581, nota 6.

interesses públicos. Repugna aceitar que a relevância de interesses de natureza socioeconómica impeça a aplicação de uma sanção administrativa<sup>76</sup>. É do nosso entendimento que os interesses em causa que podem ser considerados têm de estar relacionados directamente com os interesses protegidos pela norma violada – se se tratar de Direito do Ambiente, os interesses terão de ter natureza ambiental.

É ainda necessário ponderar a introdução de limitações à vigência do princípio da oportunidade quando estamos perante infracções de especial gravidade ou com criação de elevado risco para os bens ambientais. Partindo do que já ficou dito, podemos descortinar que por trás desta limitação está a percepção de que quando a infracção é muito grave entramos num domínio predominantemente de justiça, pelo que fará sentido reduzir a amplitude com que temos vindo a aceitar o princípio da oportunidade<sup>77</sup>. Aceitamos que nestes casos estamos numa área em que o interesse público da paz social reivindica uma atenção especial quando em confronto com outros interesses públicos. Não conseguimos contudo acompanhar a doutrina que entende aqui poder retirar uma regra geral de que apenas vigorará o princípio da oportunidade para infracções leves ou de pouca relevância.

Em conclusão, entendemos que os juízos de oportunidade são indissociáveis do procedimento administrativo sancionatório, e que é ignorar esta natureza própria que abre a porta à arbitrariedade e não o contrário. Resulta do exposto que os interesses públicos de reposição da legalidade ambiental, a protecção dos bens ambientais e a punição do infractor nem sempre impõem a mesma decisão, e que os dois primeiros podem representar interesses públicos superiores a este último.

---

76 Lozano Cutanda, 2003: 91.

77 Cabrerros Mendazona, 2000: 1454, aceitando o princípio de oportunidade no procedimento administrativo sancionatório, entende que “podemos avanzar dos criterios (si bien con un inevitable grado de de vaguedad), a partir de los cuales no sea legítimo reconocer a la Administración competente margen alguno de discrecionalidad en el caso concreto de que se trate, como son: 1º) la gravedad del hecho constitutivo de la infracción; y 2º) las repercusiones de dicha acción o, más concretamente, la entidad del riesgo originado o del daño efectivamente producido”. Já Veiga, 2009: 144, tem uma posição diversa da restante doutrina. Resumidamente, entende que há juízo de oportunidade quando as autoridades administrativas agem na sua função de supervisão; já não será esse o caso quando exerce funções de fiscalização e punição. Numa tentativa de separação das duas áreas de actuação, o autor individualiza duas questões que evidenciariam essa divisão: as proibições de prova e as nulidades de actos processuais. Apesar de esta construção ser uma proposta nova e de maior abertura ao princípio da oportunidade, ela destaca-se por um formalismo e irrealismo que nos impede de a ela aderir.

Para ilustrar esta afirmação, recorreremos a uma classificação de três tipos de infractores que justificarão reacções diferentes da Administração<sup>78</sup>:

- i) O *calculista amoral*: faz uma ponderação entre os custos do incumprimento e os custos do cumprimento, considerando a probabilidade de detecção. Frequentemente, os custos de incumprimento são contabilizados à partida como custos do processo produtivo. É evidente que nestes casos a finalidade de justiça e a punição têm de prevalecer sobre quaisquer outros interesses. A Administração tem actuar como entidade puramente sancionatória, com inflexível aplicação da lei<sup>79</sup>.
- ii) O *cidadão político* e a *entidade desorganizada/incompetente*: ou seja, aquele que acata as normas de acordo com um juízo prévio quanto à sua razoabilidade e a entidade que não cumpre as normas ambientais por desconhecimento e desorganização interna. Quando a estes dois tipos infractores, o cumprimento futuro das normas ambientais depende da adopção pela Administração de funções de aconselhamento e esclarecimento, uma vez que a mera aplicação da sanção não será suficiente e, frequentemente, será contra-producente, considerando a complexidade jurídica da legislação ambiental e científica das técnicas impostas para monitorização e cumprimento da mesma.

Tudo isto representa uma vantagem real do Direito Administrativo Sancionatório, em que a Administração acompanha o particular em direcção ao cumprimento das suas obrigações de natureza ambiental, uma vez que o interesse da justiça (implícito na punição do infractor) poderá não prevalecer sobre o interesse de protecção dos bens ambientais.

### III. DOS LIMITES DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Os limites do Direito Administrativo Sancionatório já foram brevemente explicitados e resultam do conceito material de ilícito administrativo enquanto infracção axiologicamente neutra<sup>80</sup>. Por outro lado, se a eficaz tutela

78 Esta classificação foi proposta por R. A. Kagan e J. T. Scholz (*apud* Abbot, 2005: 161).

79 Esta modalidade de infractores foi considerada aquando da elaboração do artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, que prevê o benefício económico obtido pelo infractor como critério para determinação do montante da coima a aplicar.

80 Andrade, 1998: 85 e Dias, 1983: 326.

sancionatória estiver dependente da aplicação de sanções graves, não poderá o Direito Administrativo delas ocupar-se uma vez que a tais sanções deverão corresponder as garantias e solenidades próprias do Direito Processual Penal<sup>81</sup>.

A estes limites de natureza dogmática acrescentarão limitações de ordem prática: há casos em que a complexidade da investigação criminal ultrapassa a complexidade técnico-científica do Direito do Ambiente. É o caso da criminalidade ambiental transnacional e criminalidade organizada<sup>82</sup>, para as quais o Direito Administrativo Sancionatório tem eficácia e meios de reacção muito reduzidos e quase inócuos. Por outro lado, também é difícil o controlo das actividades industriais absolutamente clandestinas e que operam à margem da lei e de qualquer contacto com a Administração.

Relativamente ao Direito Penal, gostaríamos em especial de fazer referência ao princípio da intervenção mínima ou necessidade da pena. Na sua origem, este princípio apenas legitimava a acção penal em caso de violação de liberdades e direitos fundamentais; contudo, é utilizado actualmente para exprimir a necessidade de subordinar a intervenção penal “à realização de fins necessários à subsistência e desenvolvimento da sociedade”<sup>83</sup>.

Em suma: (i) o princípio da intervenção mínima impõe que apenas haja criminalização para protecção de bens jurídicos e valores essenciais do ordenamento, isto é, dignos de tutela penal<sup>84</sup>; (ii) não será legítima a intervenção penal para protecção de bens jurídicos que poderão ser suficientemente tutelados por outros meios; (iii) a sanção penal terá de ser apta e eficaz para a protecção dos bens jurídicos em causa.

A discussão quanto à legitimidade da intervenção penal para protecção de bens ambientais tem-se limitado ao princípio da intervenção mínima, e, mesmo aqui, quase exclusivamente quanto à dignidade penal do bem jurídico protegido<sup>85</sup>. Tem sido dada resposta afirmativa à questão da dignidade jurídico-penal do bem ambiente e parece não haver grande razão para continuar a debater esta questão, estando assim confirmada a legitimidade nega-

---

81 Palma, 2004: 85 e Lozano Cutanda, 1990: 412.

82 Watson, 2005: 207-213.

83 Palma, 1994a: 59 e Andrade, 1992: 178.

84 Andrade, 1992: 184. Contudo, ressalve-se o recente desenvolvimento nesta matéria, impulsionado por Günter Jackobs.

85 Palma, 1995: 199.

tiva<sup>86</sup>. Mas há ainda muito por descortinar quanto à existência de meios de tutela menos repressivos que possam proteger esses bens<sup>87</sup> e quanto à eficácia do Direito Penal na sua protecção<sup>88</sup>. Ou seja, falta demonstrar a legitimação positiva ou a verificação da carência da tutela penal<sup>89</sup>.

Parece que o estudo feito até este momento permite-nos retirar desde já uma conclusão: salvo determinadas situações, a criminalização de agressões ao ambiente não tem sido feita com respeito pelo princípio da intervenção mínima. A repressão de muitas das condutas atentatórias dos bens ambientais deve ser feita pelo Direito Administrativo Sancionatório, pelas razões indicadas ao longo deste estudo, de ordem prática e dogmática, de eficácia e de adequação, substantivas e processuais. Fica assim em causa quanto a várias infracções o preenchimento de um pressuposto legitimador positivo da intervenção penal: a existência de outro meio menos repressivo que eficazmente proteja o bem jurídico em causa.

Mas, para além disso, o Direito Penal não é adequado para a protecção do ambiente contra grande parte das agressões actualmente tipificadas na lei penal e, talvez por isso, não o tem vindo a fazer eficazmente, sendo no caso português (mas não só) irrelevante o número de condenações, apesar da abrangência dos tipos penais. Tudo isto leva à conclusão – não inovadora – de que o Direito Penal do Ambiente tem-se pautado por ser meramente simbólico<sup>90</sup>, o que constitui uma flagrante violação do princípio da intervenção mínima. Como é sabido, o lema de protecção do ambiente tornou-se agora numa bandeira política. Sucede que, para além de não proteger efectivamente o ambiente, o Direito Penal simbólico tem mesmo efeitos contra-prodcentes, uma vez que o défice de execução cria uma convicção de impunidade que, não só não protege o ambiente, como incentiva a violação das normas ambientais.

---

86 Andrade: 1992: 185.

87 Palma, 1994b: 438.

88 Pinto, 2000: 373 e Ferrari, 2003: 1194.

89 Andrade, 1992: 186.

90 Integrando, portanto, o Direito Penal simbólico (Hassemer, 1996: 327).



## BIBLIOGRAFIA

ABBOT, Carolyn

2005 “The regulatory enforcement of pollution control laws: the australian experience”, in *Journal of environmental law*, Vol. 17, n.º 2, pp. 161-180.

ANDRADE, Manuel da Costa

1992 “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2 – n.º 2 (Abril-Junho), pp. 173-205

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 81-121.

ANTUNES, Tiago

2003 *O ambiente entre o Direito e a técnica*, Lisboa: AAFDL.

ARMENTA DEU, Teresa

1991 *Criminalidade de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, Barcelona: PPU.

AYALA, Bernardo Diniz de

1995 *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa: Lex.

BELEZA, Teresa Pizarro

1997 “A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos?”, in *Revista Jurídica – AAFDL*, n.º 21 (Jun.), 1997, pp. 9-15.

CANOTILHO, J. J. Gomes,

1996 “Juridicização da ecologia ou ecologização do direito”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 4 (Dez.), pp. 69-79.

CARVALHO, Américo Taipa de

2003: *Direito Penal – Parte Geral. Questões fundamentais*, Porto: Universidade Católica.

CATENACCI, Mauro & HEINE, Günter

1990 “La tensione tra Diritto Penale e Diritto Amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell’ambiente”, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, Ano III, n.º 4 (Outubro-Dezembro), pp. 921-942.

COBREROS MENDAZONA, E.

2000 “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador”, in Wagner, Francisco Sosa (org.), *El derecho adminis-*

*trativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Valência: Tirant lo Blanch, pp. 1437-1468.

COMTE, Françoise & KRÄMER, Ludwig

2004 *Environmental Crime in Europe*, Groningen: Europa Law Publishing.

CORREIA, Eduardo

1965 *Processo criminal*, Coimbra: Almedina.

1973 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIX, pp. 257-281.

COSTA, Eduardo Maia

2001 “Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes”, in *Revista do Ministério Público*, ano 22, n.º 85, (Jan.-Mar.), pp. 37-49.

COSTA, José de Faria

2000a *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, José Gonçalves da

2000b “Legalidade versus oportunidade”, in *Revista do Ministério Público*, ano 21, n.º 83 (Jul.-Set.), pp. 83-95.

DIAS, Augusto Silva

2009 «*Delicta in se*» e «*delicta Mere Prohibita*», Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo

1978 “Sobre o papel do direito penal do ambiente na protecção do ambiente”, in *Revista de Direito e Economia*, ano IV, n.º 1 (Janeiro-Junho), pp. 3-23.

1983 “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 315-336.

2001a “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 371-392.

2001b “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade de risco’”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 583-613.

2004a *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora.

2004b *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

ENTERRÍA, García de & FERNÁNDEZ, Ramón

2002 *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 8.ª ed., Madrid: Civitas.

FERRARI, Eduardo Reale

2003 “A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1185-1203.

GALAIN PALERMO, Pablo

2009 “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”, in Monte, Mario J. Ferreira (org.), *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 613-643.

GARCIA, Maria da Glória

2007 *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra: Almedina.

GOMES, Carla Amado

2000 *A prevenção à prova no Direito do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

2005 “Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o ‘Princípio da Precaução’”, in Gomes, Carla Amado (org.), *Textos dispersos de direito do ambiente*, Lisboa, AAFDL, pp. 143-174.

2007 *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.

GÓMEZ TOMILLO, M.

2008 *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Pamplona: Thomson/ Aranzadi.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia

2009 *Código de Processo Penal: Anotado*, 17.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

HASSEMER, Winfried

1992 “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, *Anuário de derecho penal e ciências penales*, t. 45, n.º 1 (Janeiro-Abril), pp. 235-249.

1996 “A preservação do meio ambiente através do Direito Penal” (trad. por Vasconcelos, Carlos Eduardo & Mendes, Paulo de Sousa), *Lusíada Revista de ciência e cultura, Série de Direito*, Número especial (Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada), Porto: ILDA, pp. 319-330.

LOZANO CUTANDA, Blanca

1990 “Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: despenalización y garantía”, in *Revista de administración pública*, n.º 121, pp. 393-414.

2003 “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 161, pp. 83-121.

MENDES, Paulo de Sousa

2000 *Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa: AAFDL.

MENÉNDEZ REXACH, Angel

2005 “Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente”, in *Studia Iuridica*, n.º 81, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 61-85.

MENDOZA BUERGO, Blanca

1990 “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 121, pp. 279-321.

MOURA, José Souto de

1992 “O crime de poluição. A propósito do art. 279.º do Projecto de Reforma do Código Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 13.º, n.º 50 (Abril-Junho), pp. 15-38.

NIETO, Alejandro

2005 *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., s/l: Tecnos.

OTERO, Paulo

2003 *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina.

PALMA, Maria Fernanda

1994a *Direito penal parte geral*, Lisboa; AAFDL.

1994b “Direito penal do ambiente – Uma primeira abordagem”, in Amaral, Diogo Freitas do & Almeida, Marta Tavares de (org.), *Direito do ambiente*, Oeiras: INA, pp. 431-448.

1995 “Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, s/l: Ministério da Justiça, pp. 199-211.

2004 “Acerca do estado actual do direito penal do ambiente”, in *O Direito*, 136.º, I, pp. 77-87.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa

1998 “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade”, in *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-274.

2000 “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10 – n.º 3 (Julho-Setembro), pp. 371-387.

PRITTWITZ, Cornelius

2004 “O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências actuais em direito penal e política criminal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n.º 47, (Mar/Abr.), pp. 31-45.

RODRIGUES, Anabela Miranda

1999 “Poluição”, in Dias, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário coninbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 944-978.

ROXIN, Claus

1997 *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (trad. por Diego-Manuel Peña et. al. do original *Stafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2, 1994), Madrid: Civitas Ediciones.

SANTOS, André Teixeira dos

2005 “Do processo sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade produzida?”, in *O direito*, ano 137, I, pp. 137-189.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e

2005 “Direito penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito”, in Costa, José de Faria (org.), *Temas de direito penal económico*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 251-283.

SILVA, Germano Marques da

2000 *Curso de Processo Penal*, vol. I, Lisboa: Verbo

SILVA, Vasco Pereira da

2008 “Breve nota sobre o Direito Sancionatório do Ambiente”, in Palma, Maria Fernanda, Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 271-296.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2000 *Princípio da oportunidade – manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*, Coimbra: Almedina.

2001 “O direito de mera ordenação social – o ambiente como espaço da sua afirmação”, in *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, n.ºs 6 e 7, pp. 33-58.

TIEDEMANN, Klaus

1993 *Lecciones de derecho penal económico* (trad. por Mercedes Garcia Arán), Barcelona: PPU.

VEIGA, Raul Soares da

2009 “Legalidade e oportunidade no Direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in Palma, Maria Fernanda, Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito Sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-173.

VELOSO, José António

2006 “Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in Albuquerque, Ruy de & Cordeiro, António Menezes (org.), *Regulação e concorrência – perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 29-106.

WATSON, Michael

2005 “Organised crime and the environment: the british experience”, in *European Environmental Law Review*, Agosto-Sembro, pp. 207-213.

WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto & STÖBER, Rolf

2006 *Direito Administrativo*, Vol. I (tradução de António F. Sousa do original *Verwaltungsrecht*, 1999), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

# ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO PENAL DO AMBIENTE E OS RISCOS PARA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE\*

*José Danilo Tavares Lobato*

*ABSTRACT: This article analyzes the rule of Law on the Environment Criminal Law. The concretization of the rule of Law on the environment criminal protection brings diverse challenges. These challenges are originated from the dependency of the Criminal Law to the Administrative Law, which is present in the definition of the most environment crimes. This article takes this point in consideration to show all the problems around this issue and the possible solutions to preserve the rule of Law and the Democracy on the use of such Environment Criminal Law.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Princípio da legalidade. 3. Acessoriedade administrativa do Direito Penal. 4. Ato administrativo válido e ato administrativo inválido. 4.1. Ato administrativo autorizador inválido. 4.2. Ato administrativo proibitivo inválido. 4.3. Atuação do particular não-autorizada. 4.4. Tolerância da administração pública com a atuação do particular. 4.5. Normas construídas sem remissão expressa ao Direito Administrativo. 5. Considerações finais.

## **1. INTRODUÇÃO**

A realização do princípio da legalidade penal encontra dois obstáculos nos tipos penais ambientais. O primeiro obstáculo refere-se à técnica da acessoriedade administrativa e o segundo à das normas penais em branco. De antemão, há-de se reconhecer que o emprego puro e simples da técnica das normas penais em branco para preenchimento dos tipos penais, ainda que criticado doutrinariamente, é correntemente aceito como válido no sistema

---

\* Versão anterior do presente trabalho teve publicação na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n.º 83, mar-abr/2010, sob o título "Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (In) compatibilidades no Direito Penal Ambiental".

jurídico penal. No entanto, o fator não observado, que ora se põe em análise, consiste no uso simultâneo, isto é, em um mesmo tipo penal, da técnica de redação típica das normas penais em branco e da acessoriedade administrativa. Não há dúvidas de que o princípio da legalidade é uma garantia que o cidadão tem contra o Estado, entretanto, esta garantia deve ser entendida em toda sua extensão para que se possa perceber como e em que grau o Direito Penal Ambiental a tem violado.

## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade penal, cujas fórmulas latinas são conhecidas por *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*, não tem sua origem na Roma Antiga, mas, como expõe Welzel, no Iluminismo<sup>1</sup>. O princípio da legalidade teve seu advento no Iluminismo e seu propósito era de servir como um meio jurídico de contenção das arbitrariedades praticadas pelos detentores do poder. A sua positivação jurídica ocorre, a partir da invocação ideológica à *Magna Charta*<sup>2</sup>, primeiramente, na Constituição dos Estados Unidos da América, em 1776, posteriormente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, no século XIX, foi incorporado à maior parte dos Códigos Penais dos países de cultura ocidental<sup>3</sup>.

1 Welzel, 1969: 20. Como ressalva Welzel, os brocardos “latinos” provêm de Feurbach em seu Tratado de 1801.

2 Welzel expõe que o princípio *nulla poena, nullum crimen sine lege* foi desconhecido da época imperial romana e do Direito Justiniano com seus *crimina extraordinaria* e seus conceitos delitivos extensos e quase ilimitados e do antigo direito germânico-alemão, quando se podia castigar segundo os costumes, e que a *Magna Charta* de 1215 não foi exceção. Welzel, 1969: 20. Em sentido contrário, defendendo uma origem romana, Hungria, ao descrever a substituição do tribunal popular pelo processo das *quaestiones*, a transferência da jurisdição penal para o tribunal dos jurados e a instituição das *quaestiones perpetuae* e das *ordo judiciorum publicorum*, vedando a analogia. Acrescenta que “mesmo no regime das penas extraordinárias, não eram estas puramente arbitrarias, pois o tribunal, ao aplicá-las estava adstrito a consultar as fontes jurígenas acrescidas ao velho *ius legitimum*”. Hungria, 1958: 28 e 30. No que se refere ao art. 39.º da *Magna Charta Libertatum*, – “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exulet aut aliqui modo destruat nec supere um ibimus nec supere um mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per legem terrae” – Jescheck & Weigend defendem que ele não expressa uma garantia jurídica material, mas processual. Inclusive, complementam afirmando que a teoria do contrato social do Iluminismo foi a base histórica do princípio da legalidade, uma vez que suas raízes estão cimentadas sobre a idéia de a Lei como a razão comum a todas pessoas e a exclusão da arbitrariedade estatal frente aos direitos e liberdades naturais invioláveis reconhecidos como pertencentes a todas as pessoas. Jescheck & Weigend, 2002: 140. Em nova divergência, Hungria entende haver natureza material, já que o citado art. 39.º, ao vedar a analogia, consagrava “o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas”. Hungria, 1958: 34.

3 Welzel, 1969: 20.



O princípio da legalidade subdivide-se em três postulados de garantia do cidadão contra o poder punitivo do Estado<sup>4</sup>: reserva legal, determinação ou taxatividade e irretroatividade. Por reserva legal entende-se que uma pena somente pode ser aplicada se houver previsão legal. Ou seja, se não houver uma lei estipulando a imposição de uma pena quando da prática de determinada conduta, não será permitida a aplicação de qualquer sanção penal. O postulado da reserva legal recusa o direito consuetudinário, de maneira que o uso dos costumes e da analogia como fonte de criação de tipos penais está vedado. Há-de se ressaltar que esta vedação não impede o reconhecimento dos costumes e da analogia em favor do cidadão na contenção do poder punitivo estatal. Assim, por exemplo, Jescheck & Weigend apontam, respectivamente, a criação de causas supralegais de justificação e a aplicação de causas de exclusão da pena<sup>5</sup>. No entanto, o ponto sensível do postulado da reserva legal reside no que Luiz Luisi denomina por “reserva relativa”<sup>6</sup>. Pela “reserva relativa”, diferentemente da “reserva absoluta”<sup>7</sup>, a lei apenas fixa as diretrizes gerais da norma criminal e delega ao Poder Executivo a competência para complementá-la, deixando, assim, a cargo do Chefe do Poder Executivo o poder para definir o conteúdo da lei penal. Esta é a primeira fenda no princípio da legalidade penal e será analisada nas linhas que se seguirão.

O postulado da taxatividade ou determinação, também conhecido por princípio da determinabilidade<sup>8</sup>, exige que a norma penal seja clara, certa e precisa. Não é deferida ao legislador a possibilidade de criar leis penais com redação dúbia, vaga ou contraditória. Segundo Wessels, a lei deve descrever concretamente os elementos típicos de maneira a ser averiguável, pela

---

4 No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade encontra-se positivado no art. 5.º, XXXIX, da CRFB e no art. 1.º, do Código Penal.

5 Jescheck & Weigend, 2002: 143 e 145. Apesar de divergente à questão, parte da doutrina brasileira defende ser possível a analogia *in bonam partem* no Direito Penal. A hipótese sempre ventilada refere-se à aplicação do perdão judicial previsto no art. 121.º, § 5.º, do Código Penal, ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, art. 302.º, da Lei 9.503/1997. Neste sentido: Gomes, 1999: 30; Greco, 2006: 207; Jesus, 2002. Em Portugal, o artigo 1.º do Código Penal veda expressamente o recurso à analogia *in malam partem*, mas omite qualquer referência à *in bonam partem*. Neste tocante, Figueiredo Dias assume a sua possibilidade de forma restrita, todavia, consigna que Costa Andrade aceita a analogia *in bonam partem* “sem restrições”. Figueiredo Dias, 2007: 193.

6 Luisi, 2003: 22.

7 Pela “reserva absoluta” somente a lei regula a matéria, não havendo qualquer delegação de competência. Por consequência, são inadmissíveis as normas infralegais, mesmo as destinadas a simplesmente regulamentar aspectos secundários da Lei.

8 Wessels, 1976: 12.

interpretação, o seu sentido contedudístico e a sua significação, o que traz, por conseqüência, a vedação ao emprego das cláusulas gerais e dos conceitos valorativamente vagos, uma vez que, por meio destas técnicas, “o alcance e o âmbito de aplicação dos tipos penais” não será suficientemente reconhecível<sup>9</sup>. A taxatividade fundamenta-se no axioma da segurança jurídica. A partir da concretização do princípio da determinabilidade, evita-se a arbitrariedade do aplicador da lei, que, ao interpretá-la e aplicá-la, terá que se limitar ao conteúdo e ao sentido da clara e certa redação legal. As eventuais lacunas de punibilidade jamais poderão ser superadas com base em interpretações extensivas<sup>10</sup>, não só em respeito à taxatividade, mas, também, à própria fragmentariedade do Direito Penal. No mesmo sentido, Welzel, para quem a interpretação extensiva, que desenvolve um sentido de determinação normativa para a expressão legal, não é permitida, em razão de ser uma analogia, que amplia a lei e se distancia da hipótese esclarecida pelo sentido legal<sup>11</sup>. Entretanto, ressalva Welzel que o ataque mais perigoso sofrido pelo princípio da legalidade não advém da analogia, mas das leis penais indeterminadas, que violam o postulado da taxatividade ao serem insubsistentes na descrição típica, tanto do fato quanto das características do agente, de forma que o juízo de antijuridicidade elaborado pelo Poder Legislativo não se encontra imediatamente demonstrado<sup>12</sup>. Neste tocante, encontra-se a fenda que contém o maior grau de dificuldade e representa o ponto chave da recusa da primariedade de uma tutela penal do ambiente.

Por último, o princípio da legalidade penal traz o postulado da irretroatividade – em sentido amplo –, que, em breves linhas, pode ser definido como a

---

9 Wessels, 1976: 12.

10 Por esta razão, não se concorda com o entendimento de que alguém que subtraia uma árvore de uma reserva ambiental federal ou de terras indígenas esteja praticando crime de furto, art. 155.º do Código Penal, contra a União, em concurso com o delito do art. 39.º da Lei 9.605/1998. Primeiramente, trata-se de um bem de uso comum do povo e não de um patrimônio da União em sentido estrito, como a cadeira e a mesa do Ministério do Meio Ambiente usadas pelo Ministro. Por fim, basta verificar que a própria lei brasileira de crimes ambientais puniu, em determinadas hipóteses, o “furto ambiental”, *vide* os art. 44.º e art. 50.º-A em sua nuclear “explorar economicamente”. Assim, quando a Lei nada criminaliza, significa que não há que se recorrer a interpretações extensivas para aumentar o poder punitivo estatal. Freitas & Freitas, 2006: 262.

11 Welzel, todavia, invocando a teoria objetiva da interpretação, em que o decisivo é o sentido objetivo da lei no âmbito de seu texto, consigna ser possível a aplicação da interpretação extensiva, desde que ela traga vigência ao sentido racional do tipo penal, tendo por base uma estreita interpretação literal. Por exemplo, entender o vale e o cartão postais abrangidos pelo conceito de carta. Welzel, 1969: 23.

12 Outra forte e dolorosa limitação ao princípio da legalidade reside nos tipos penais abertos. Welzel, 1969: 23.

garantia do cidadão de que o Estado não o punirá por fatos anteriores à edição da lei penal tipificadora – anterioridade – ou, então, que não agravará sua condição em razão de lei penal mais gravosa publicada posteriormente à prática do delito – irretroatividade em sentido estrito. Fez-se esta diferenciação quanto à anterioridade e à irretroatividade em sentido estrito apenas porque o Código Penal brasileiro trouxe este termo para intitular o seu artigo 1.º. No entanto, a citada exigência da anterioridade da lei penal pode, sim, ser tratada como uma das espécies de irretroatividade, pois ambas se encontram indissoluvelmente associadas, já que protegem o cidadão, dando-lhe segurança jurídica, quanto às mudanças e alterações das leis penais no curso do tempo. Roxin, por exemplo, defende que há diversas e inimagináveis formas de retroatividade da lei penal, dentre as quais estariam vedadas pelo postulado da irretroatividade: a punição de um fato não punível ao momento de sua prática e a agravação legal da punição de uma conduta punível após sua prática, seja por meio da introdução de uma pena quantitativa – aumento de pena – ou qualitativamente – substituição da pena de multa por prisão – mais gravosa<sup>13</sup>. Assim, pode usar-se o postulado da irretroatividade abarcando a anterioridade, mesmo porque os comentários de Roxin estão fundados em uma redação normativa que pouco difere da brasileira<sup>14</sup>. Em verdade, a irretroatividade da lei penal não pode ser destacada do princípio da legalidade, uma vez que ela é uma decorrência lógica. Esta inseparabilidade pode ser constatada nos últimos quase 200 anos de história dos códigos penais pátrios. À época do Código Criminal do Império brasileiro de 1830, a irretroatividade já se conjugava com a legalidade no bojo da redação do artigo 1.º do citado texto normativo<sup>15</sup>. Da mesma forma, o Código Penal brasileiro de 1890 que, em seu artigo 1.º, também incorporava expressamente a irretroatividade no seio da

---

13 Roxin, 2006: 142.

14 Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 5.º, incisos: XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Código Penal brasileiro – Art. 1.º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Lei Fundamental alemã – Art. 103 (2) Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada em lei antes de seu cometimento. Código Penal alemão §1. Não há pena sem lei – Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada em lei antes de seu cometimento. §2. Validade temporal – (1) A pena e suas conseqüências acessórias regulam-se conforme a lei vigente à época do fato. Em Portugal, extrai-se o mesmo sentido e conteúdo dos artigos 1.º e 2.º do Código Penal português.

15 Art. 1.º do Código Criminal de 1830 – Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique.

legalidade<sup>16</sup>, sem contar que o Código Penal brasileiro de 1940, mesmo após a reforma de sua parte geral, não fugiu a esta tradição<sup>17</sup>. Desta forma, para que o postulado da anterioridade seja atendido, há-de se verificar o ordenamento jurídico existente no momento em que o indivíduo praticou a conduta. Leis penais posteriores não terão influência em sua situação jurídico-penal, salvo se houver edição de lei que lhe seja mais benéfica, uma vez que, em tal hipótese, o Estado renuncia a seu direito de punir. Neste tocante, as normas ou atos administrativos que complementam o Direito Penal do Ambiente também se sujeitam ao princípio da irretroatividade quanto à produção de efeitos penais, uma vez que materialmente, isto é, no juízo de tipicidade, são substancialmente equiparadas às leis penais, já que determinam o conteúdo do injusto<sup>18</sup>. A única ressalva legítima refere-se às normas excepcionais ou temporárias, tal como previsto no artigo 3.º do Código Penal brasileiro e no artigo 2.º do Código Penal português, no que não há qualquer novidade a ser abordada.

### 3. ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL

A dificuldade deste tema decorre da tensão existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no momento em que seus círculos formam uma interseção, já que, neste instante, há um choque entre duas concepções de sistema jurídico. Os diferentes pressupostos destes dois ramos do saber jurídico criam uma espinhosa tarefa ao se buscar a compatibilização de ambos. Há duas categorias de problemas. A primeira refere-se à justificação democrática da política criminal do ambiente adotada e a segunda diz respeito às questões de dogmática penal. Luís Greco aponta dois problemas de caráter

---

16 Art. 1.º do Código Penal de 1890 – Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. Inclusive, é digno de nota que Costa e Silva, em seus comentários ao Código Penal, inicia suas análises justamente pela “máxima da anterioridade da lei penal”. Costa e Silva 2004: 1 ss..

17 Luiz Luise aponta como exceção o art. 67.º do Decreto-Lei N.º 4.766 de 01/10/1942, que permitiu a retroatividade, à data da ruptura das relações diplomáticas com Alemanha, Itália e Japão, em relação aos crimes contra a segurança externa. Luisi, 2003: 27.

18 Neste sentido, De Luca que afirma ser criticável e inconstitucional o entendimento, fundado em uma ideologia punitiva, de que as leis penais em branco não se sujeitam ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Inclusive, De Luca consigna que a inclusão das normas complementares à lei penal no cerne do princípio da legalidade penal tem fundamento constitucional e implica na aplicação do postulado da retroatividade da lei penal mais benéfica, que somente se excepciona quando se tratar de normas excepcionais, transitórias ou de emergência, tal como ocorre com as leis penais comuns. De Luca, 1997: 89 e 90.

político-criminal: oposição de uma legalidade penal mais cerrada com uma legalidade administrativa mais aberta e compatível com a discricionariedade (conveniência e oportunidade) e a reconhecida, em âmbito internacional, ineficiência do Direito Penal Ambiental na proteção do ambiente<sup>19</sup>.

No que toca à dogmática penal, podem ser citados os seguintes: primeiro, possível violação principiológica, isto em relação ao princípio da legalidade penal com seus três postulados materiais e ao princípio da separação de poderes frente à cessão à Administração Pública da competência para definir as condutas definitivamente proibidas; e, segundo, os efeitos produzidos no Direito Penal Ambiental por um ato administrativo ilegal, seja proibitivo ou autorizativo, e os oriundos da tolerância da Administração Pública para com o comportamento do particular não amparado por um ato autorizativo formal<sup>20</sup>. Regis Prado, todavia, adota posição pouco crítica e consideravelmente favorável tanto à acessoriedade administrativa de grau relativo, tal como adotada, no Brasil, na Lei 9.605/1998, quanto ao emprego das normas penais em branco.<sup>21</sup>

A acessoriedade administrativa de grau relativo significa que a norma administrativa integra o tipo penal, complementando algum de seus elementos<sup>22</sup>. Ou seja, para a formação da tipicidade exige-se a violação da norma administrativa. Assim, apesar da negativa de seus defensores, que afirmam que apenas são punidas as lesões contra o Direito Administrativo que sejam lesivas ou potencialmente lesivas ao ambiente e não puras violações de normas administrativas<sup>23</sup>, não há que se negar a inconsistência dos fundamentos de tal pensamento. A fragilidade desta construção está na inexistência, nestas hipóteses, de obrigatória perícia para se constatar a ocorrência de efetivo dano ou do potencial dano ambiental. A admissão de uma presunção absoluta de perigo ou de dano nada mais significa que, para haver a configuração do tipo, o relevante será a violação da prescrição administrativa e não a real constatação da efetiva agressão ambiental. Como exemplo, tem-se o tipo penal

---

19 Greco, 2006: 155 e 156.

20 Greco, 2006: 157 e 158.

21 Prado, 2005. 97 e 99.

22 Prado, 2005: 99.

23 Prado, 2005: 99.

do artigo 31.<sup>o24</sup> da Lei brasileira de Crimes Ambientais, em que diversos penalistas defendem a consumação do tipo com a mera entrada do animal no território nacional, sem elaborarem quaisquer considerações sobre a necessidade de se provar o perigo concreto de ocorrência de desequilíbrio ambiental frente à introdução do espécime<sup>25</sup>.

O termo acessoriedade administrativa designa a dependência do Direito Penal ao Direito Administrativo. Esta dependência se manifesta de três formas distintas. Dentre os doutrinadores alemães que especialmente se dedicaram ao estudo do Direito Penal do Ambiente, Shall verifica que a primeira forma de aparecimento da acessoriedade administrativa é a denominada acessoriedade conceitual, que, em certa medida, tende a não trazer maiores problematizações, salvo quando o conteúdo destes conceitos administrativos é entendido, no Direito Penal, de maneira diversa à constante no Direito Ambiental<sup>26,27</sup>. A Lei brasileira de Crimes contra o Meio Ambiente<sup>28</sup> é riquíssima em conceitos administrativo-ambientais, por exemplo, resíduos<sup>29</sup> previsto em seu artigo 54.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>, V e as diversas espécies de unidade de conservação previstas em seu artigo 40.<sup>o</sup>, que só podem ser compreendidas com a leitura conjunta dos artigos 7.<sup>o</sup> a 13.<sup>o</sup> da Lei 9.985 de 2000, instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

A segunda forma de aparição da acessoriedade administrativa surge por meio da acessoriedade ao Direito Administrativo que, em realidade, nada mais é do que a dependência do Direito Penal às normas legais e infralegais do

---

24 Art. 31.<sup>o</sup>. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

25 Prado, 2005: 246; Milaré & Costa Jr, 2002: 84; Sirvinkas, 2004: 132.

26 Shall, 1990: 1265.

27 Apesar do reconhecimento atual da autonomia do Direito Ambiental enquanto disciplina jurídica, não se faz tal distinção técnica, utilizando-se indistintamente os termos Direito Administrativo e Direito Ambiental. Apenas é acentuado determinado aspecto ao leitor no momento da exposição do raciocínio, posto que se defende o Direito Ambiental como um Direito Administrativo especializado, de maneira a que as regulações penais e civis envolvidas na tutela do ambiente se mantenham reguladas e sistematizadas, respectivamente, no Direito Penal e no Direito Civil, ressalvadas eventuais peculiaridades da seara ambiental.

28 Lei 9.605 de 1998.

29 Seu similar no Código Penal alemão é o termo *Abfall* do crime de “Manejo Não-Autorizado de Lixos Perigosos” previsto no parágrafo 326 do *StGB*. Por outro lado, no Código Penal português não há similar. A redação utilizada na definição dos crimes ambientais pelo Código Penal português não se apoiou na acessoriedade conceitual como estratégia primária de tipificação.

Direito Administrativo<sup>30</sup>. Para diferenciar a acessoriedade ao Direito Administrativo da acessoriedade conceitual, deve verificar-se que, na primeira, a punibilidade está condicionada a que o autor viole uma prescrição normativa – *vide*, por exemplo, a conduta de quem utiliza vegetação primária contrariamente às normas de proteção<sup>31</sup> – enquanto que, na segunda, a concretização ou o preenchimento do tipo penal vincula-se ao emprego de um conceito formado pelo Direito Administrativo e assumido pelo Direito Penal<sup>32</sup>. Ou seja, a ora denominada acessoriedade ao Direito Administrativo é a velha e empoeirada técnica penal de tipificação das normas penais em branco, mas, agora, vestida com uma nova roupagem no Direito Penal do Ambiente. Recorrendo às lições de Aníbal Bruno, verifica-se que as normas penais em branco nada mais são do que tipos penais incompletos, cuja descrição de certas circunstâncias elementares necessita ser completada por outra disposição legal, seja da mesma fonte legislativa ou de outra, ou por regulamentos<sup>33</sup>, uma vez que na enunciação do tipo foi deliberadamente inserida uma lacuna a ser preenchida por outro dispositivo normativo<sup>34</sup>. Neste sentido, há-de se recusar a proposta de Luís Greco em denominar esta acessoriedade ao Direito Administrativo como “acessoriedade ao ato administrativo geral” a fim de diferenciá-la da “acessoriedade ao ato administrativo individual”<sup>35</sup>, uma vez que, como já demonstrado, o presente fenômeno jurídico nada mais é do que uma norma penal em branco, ainda que de cunho exclusivamente administrativo. Assim, enquanto tal, deve, segundo os princípios de um Direito Penal Democrático, ser complementada por outra lei.

Em outras palavras, se o tipo penal pode depender de uma lei de cunho administrativo-ambiental, resta claro que não se pode afirmar que a aces-

---

30 A redação dos crimes de danos contra a natureza e de poluição previstos no Código Penal português não deixa dúvidas de que esta espécie de acessoriedade administrativa foi assumida em seus tipos penais. Recorde-se da expressão “quem, não observando disposições legais, regulamentares”.

31 Art. 38.º-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

32 Shall, 1990: 1265 e 1266.

33 O termo empregado por Aníbal Bruno significa toda e qualquer norma infralegal e não os regulamentos em sentido estrito. Na técnica dos administrativistas, os regulamentos seriam emanados do Chefe do Poder Executivo, enquanto que as resoluções, instruções e portarias, que ocupam escalão inferior na hierarquia normativa, assistiriam, por consequência, às autoridades subalternas. Mello, 2000: 322.

34 Bruno, 1967: 190 e 191.

35 Greco, 2006: 161.

soriedade ocorre frente a ato administrativo geral, posto que a lei não é ato administrativo. Dessa forma, o correto está na designação “acessoriedade ao Direito Administrativo”, caso se repute conveniente utilizar a nova roupagem para antiquada e inalterada técnica das normas penais em branco. As críticas desferidas contra a acessoriedade ao Direito Administrativo são exatamente as mesmas sempre levantadas contra as normas penais em branco. No Brasil, em razão de seu sistema constitucional de divisão de competências, na seara ambiental, existe uma agravante, qual seja: a competência de todos os Entes da Federação para legislar sobre matéria ambiental. Este fato cria um emaranhado de normas que dificulta o acesso do cidadão ao conteúdo do injusto penal, sendo que, muitas vezes, este injusto é determinado por entidades federativas constitucionalmente incompetentes em matéria penal, isto é, por Estados e Municípios. Inclusive, se não bastasse a incompetência material destes Entes federados para determinar o conteúdo do injusto penal de um crime contra o ambiente, há, ainda, uma oportunidade para que se viole o princípio constitucional da isonomia, posto que uma determinada conduta poderá, no mesmo contexto fático, ser permitida no Município ou Estado “A” e proibida no “B” e vice-versa, isto é, duas pessoas, que moram em municípios vizinhos, poderão praticar a mesma conduta em condições fáticas similares, mas uma atuará lícitamente enquanto que a outra cometerá um injusto penal. Não há dúvidas de que se depara, nesta hipótese, com uma inconstitucionalidade, pois o princípio da isonomia resta desconsiderado, já que os iguais foram tratados de maneira desigual<sup>36</sup>. Não se argumente que há diferença na conduta de ambos em razão de o primeiro município permitir a ação enquanto que no segundo há uma proibição normativa, posto que não há qualquer diferença material nas condutas. A lei penal em questão protege – ou pelo menos deveria proteger – o ambiente, e a eventual agressão de ambas as condutas é de igual valor, isto é, o desvalor das condutas é o mesmo. Não se pode admitir a expansão do Direito Penal, sob o mote de proteger o ambiente, para, em realidade, punir desobediências aos preceitos ditados pela Administração Pública.

A terceira modalidade de acessoriedade administrativa é a acessoriedade ao ato administrativo<sup>37</sup>. Nas precisas palavras de Rogall, esta última consiste

---

36 Sobre o princípio da isonomia: Mendes, Coelho & Branco, 2007: 147.

37 Esta espécie de acessoriedade também foi assumida pelo legislador português. Reveja-se a expressão “obrigações impostas pela autoridade competente” prevista no tipo penal do crime de danos contra a natureza e no de poluição.



na direta referência da norma penal ao ato administrativo, ou seja, para a punibilidade faz-se necessário que o autor tenha atuado, por exemplo, sem a devida autorização<sup>38</sup>. O problema desta forma de acessoriedade administrativa reside no fato da preponderante dependência do Direito Ambiental a decisões de casos concretos, algumas vezes regidas pela discricionariedade administrativa, por parte dos órgãos da Administração Pública, o que gera *ex ante* incerteza a respeito do conteúdo do injusto e termina gerando a quebra do princípio constitucional da legalidade, além da do princípio constitucional da isonomia. Estas decisões particulares vinculam o Direito Penal no momento em que o legislador condiciona expressamente a punição das lesões ambientais a uma ordenação particular, por meio de um ato administrativo, pela Administração Pública, por vezes, de forma negativa, quando ausente o ato autorizador, e, por vezes, de forma positiva, ao se violar um ato administrativo, seja ele proibitivo ou impositivo<sup>39</sup>. Em outros termos, a dificuldade em se aceitar esta modalidade de acessoriedade administrativa está na transferência do Poder Legislativo a um ou mais órgãos da Administração Pública com poder de determinar – ainda que negativamente, seja pela omissão (*e.g.*, a interrupção dos serviços por greve) ou por nem ter havido provocação (*e.g.*, não haver requerimento de licença ambiental) – o conteúdo de uma proibição penal.

A partir desta transferência já não se sabe qual o fato reprovável em si mesmo, ou seja, se o que se reprova penalmente é a lesão ao bem jurídico ambiental ou simplesmente o desatendimento à burocracia do Poder Executivo. Como bom exemplo do exposto, tem-se o crime do artigo 30.<sup>o</sup><sup>40</sup> da Lei brasileira de Crimes Ambientais, que incrimina aquele que não busca a autorização da autoridade competente para exportar peles e couros de anfíbios. Inclusive, há uma questão agravante. A atuação da Administração Pública funda-se na discricionariedade, isto é, conveniência e oportunidade dentro das margens legais. Dessa forma, há-de se concluir que o princípio constitucional da legalidade resta violado no momento em que a definição final do injusto expresso no tipo penal fica condicionada à discricionariedade de um órgão ambiental, que pode conceder a licença para o particular A e não para

---

38 Rogall, 1988: 522.

39 Shall, 1990: 1266.

40 Art. 30.<sup>o</sup>. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

o B em função de inúmeras razões de conveniência e oportunidade administrativas, ou seja, conforme a discricionária atuação administrativa.

Assim, torna-se necessário iniciar a análise das questões dogmáticas advindas da inclusão da acessoriedade ao ato administrativo na estrutura de formação do Direito Penal Ambiental.

#### 4. ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO E ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

Antes de se avaliar as conseqüências da invalidade do ato administrativo na formação do tipo penal, deve verificar-se a essência do que se denomina ato administrativo. O conceito de ato administrativo não é uniforme na doutrina, de forma que cada autor reforça determinados elementos conforme seu julgamento de importância. Para Mello, o ato administrativo é a “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei” ou da Constituição, em hipóteses excepcionais e totalmente vinculadas, com o fim de cumprir a lei ou a Constituição, mas inquestionavelmente sujeito “a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”<sup>41</sup>. Di Pietro, em conceituação próxima, define o ato administrativo como a declaração do Estado ou de seus representantes “que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”<sup>42</sup>. Por outro lado, poder-se-ia realçar neste conceito a finalidade de atendimento do interesse público<sup>43</sup>.

O ato administrativo apresenta atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade<sup>44</sup>. A presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo é um importantíssimo atributo deste e significa que há uma presunção relativa de conformidade e observância do ato administrativo à lei e, também, que ele expressa a verdade dos fatos afirmados pela Administração Pública <sup>45</sup>, enquanto que a imperatividade qualifica o ato administrativo de forma a que ele se imponha aos terceiros

---

41 Mello, 2000: 351.

42 Di Pietro, 2001: 181.

43 Ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Carvalho Filho, 2005: 86.

44 Mello, 2000: 358 e 359

45 Di Pietro, 2001: 182.

de maneira independente à sua vontade; a exigibilidade e a executoriedade, respectivamente, conferem ao Estado o poder-dever de impelir o terceiro a obedecer e atender o ato administrativo, de forma a que a Administração Pública possa compelir o administrado materialmente, sem a intervenção do Poder Judiciário, a obedecer ao seu comando<sup>46</sup>. Em Espanha há norma legal conferindo presunção de validade ao ato administrativo e sua obrigação de cumprimento imediato<sup>47</sup>. García de Enterría & Fernández ensinam que tal presunção de validade é relativa, já que ela permite ao ato liberar todos seus possíveis efeitos, mas, na eventualidade de este ato estar viciado, caberá ao particular impugná-lo na via administrativa ou contenciosa para obter sua anulação e frear sua eficácia<sup>48</sup>. Importante a ressalva que estes autores espanhóis fazem ao dizer que, para a presunção legal de validade e a regra geral da eficácia imediata operarem, impende que o ato administrativo reúna condições externas mínimas de legitimidade. Assim, nos atos em que haja uma nulidade de pleno direito ou absoluta – *vide*, por exemplo, os emanados de autoridades manifestamente incompetentes – não existirá qualquer presunção de validade, uma vez que estes atos não estão aptos a produzir qualquer eficácia jurídica<sup>49</sup>. No entanto, García de Enterría & Fernández reconhecem que esta sistemática pode funcionar bem no plano jurídico, mas não no prático, posto que a Administração Pública pode utilizar sua prerrogativa da “*ejecución forzosa o acción de oficio*”<sup>50</sup> para tornar materialmente eficaz todo e qualquer ato administrativo, mesmo os maculados por uma nulidade absoluta

46 Mello, 2000: 359.

47 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – Artículo 57. Efectos – 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. – 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*

48 García de Enterría & Fernández, 2006: 583.

49 García de Enterría & Fernández, 2006: 584.

50 Veja-se o atributo da executoriedade mencionada pelos administrativistas brasileiros. Mello expõe que “a exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses: a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio; b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração”. (...) ressaltando que “a executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para impedir previamente sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos”. Dentre as medidas que o administrado pode vir a se socorrer, Mello cita o mandado de segurança, seja preventivo ou repressivo, o *habeas corpus* e a ação de responsabilidade civil do Estado para compensar o dano resultante da atuação estatal ilegítima ou abusiva. Mello, 2000: 362.

ou de pleno direito, excetuados os inexistentes, cabendo, nesta situação, ao particular buscar os meios legais de impugnação a fim de pôr termo a este ato administrativo viciado e a seus efeitos materiais<sup>51</sup>.

Nesse diapasão, para o ato administrativo ser válido, há-de se observar alguns requisitos: sujeito capaz e competente, objeto lícito e possível<sup>52</sup>, forma exteriorizada em conformidade<sup>53</sup> com a Lei, motivo<sup>54</sup> e finalidade<sup>55</sup>. Ainda pode mencionar-se um sexto requisito, denominado por Mello de causa, que pode ser melhor entendido como o requisito da congruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo. Por meio da causa verifica-se se os motivos “guardam nexó lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”. Neste sentido, este requisito obriga que se analise a validade do ato conforme a sua razoabilidade e a sua proporcionalidade<sup>56</sup>. No que se refere aos primeiros requisitos, passar-se-á a esquematizar os principais vícios que surgem em seu bojo. Inclusive, não se pode olvidar que há previsão legal na legislação pátria sobre o que há-de ser entendido como vício de atos administrativos<sup>57</sup>. Contudo, o rol em questão deve ser entendido como meramente enunciativo. A usurpação de função, o excesso de poder e a função de fato são vícios que atingem o requisito da competência

---

51 García de Enterría & Fernández, 2006: 584. No mesmo sentido, “os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não deveriam ser produzidos. Por isso não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. (...) É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, *respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé*”. Mello, 2000: 410.

52 Objeto é o conteúdo jurídico do ato administrativo, por exemplo, extinção ou declaração de direito.

53 A conformidade com a Lei designa adoção de forma prescrita ou não vedada pela Lei.

54 Motivo é a situação fática e/ou jurídica que fundamenta o ato administrativo, não se confundindo com a motivação do ato, que é a exposição, por escrito, dos motivos.

55 Finalidade é o atendimento do interesse público.

56 Mello, 2000: 351.

57 Lei 4.717/65 – Art. 2.º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

e junto com a incapacidade, que pode ter origem, por exemplo, em coação, dolo e fraude, formam o conjunto dos vícios relativos ao sujeito. Os vícios relativos ao objeto podem ter origem em uma proibição normativa, infração à lei, impossibilidade e incerteza em relação a tempo, lugar, destinatários e bens. Já o vício de forma tem origem no não atendimento da forma prescrita em lei ou por meio da escolha de uma forma incapaz de atingir a finalidade pretendida com o ato administrativo. Quanto aos vícios relativos ao motivo, estes advêm da inexistência do motivo ou de sua falsidade. Por fim, no que se refere ao requisito da finalidade, pode haver o surgimento de vício decorrente do desvio de poder ou desvio de finalidade, seja porque o ato administrativo não atende ao interesse público ou porque o agente público visa a resultado não amparado na lei e diverso do nela previsto.

Após o delineamento dos requisitos do ato administrativo e dos vícios que o podem afetar, é possível discorrer sobre suas conseqüências. Na doutrina brasileira há uma antiga divergência a respeito das categorias decorrentes dos vícios do ato jurídico. Para Meirelles, existe apenas o ato nulo, não havendo o anulável, em razão de sua oposição à “exigência de legalidade administrativa”, de forma que “o ato considerado anulável” não passa “de um ato originariamente nulo”<sup>58</sup>. Por outro lado, Oswaldo Aranha Bandeira, Tito Prates da Fonseca e Seabra Fagundes defendiam a distinção entre atos nulos e anuláveis, sendo que o último destes autores acrescentava a categoria dos atos irregulares; inclusive, vale realçar que estes autores negavam relevância jurídica aos atos inexistentes, já que estes juridicamente equivaleriam aos atos nulos<sup>59</sup>. Estes, para Mello, são “os atos que assistem no campo do impossível jurídico”, ou seja, “comportamentos que o Direito radicalmente inadmitte, isto é, dos crimes”<sup>60</sup>. Para caracterizar a distinção existente entre os atos nulos e os anuláveis, pode recorrer-se à utilização de dois critérios. O primeiro é a disposição legal declarando a nulidade ou anulabilidade do ato, conforme o vício ocorrido, e o segundo refere-se à possibilidade ou não de convalidação do ato, posto que os atos administrativos nulos não se convalidam, tais como os praticados com desvio de poder, com falta de motivo vinculado ou objeto ilícito ou impossível, enquanto que os anuláveis são passíveis de convalidação,

---

58 Meirelles, 1996: 157.

59 Mello, 2000: 399.

60 Mello, 2000: 409.

por exemplo, os atos administrativos proferidos com defeito de forma ou com vício de vontade<sup>61</sup>.

Como se assinalou anteriormente, mesmo os atos inválidos, muitas vezes, terminam por materialmente produzir efeitos. Por conseqüência, há-de se verificar a postura que o particular pode tomar frente a estes atos administrativos inválidos. Mello esclarece que o administrado não pode opor resistência *manu militari* aos atos administrativos inválidos, seja esta invalidez decorrente de nulidade ou de anulabilidade, já que tal atitude romperia com o mínimo de ordem e paz social necessários para a sociedade e, assim, elevaria o particular à categoria de árbitro da legitimidade do ato administrativo<sup>62</sup>. No entanto, seria lícito e aceitável, sem restrições, o direito de resistência *manu militari* frente aos atos inexistentes, uma vez que estes prescrevem a prática de crimes e expõem o particular a uma situação vitimizante<sup>63</sup>.

Por outro lado, sob o prisma jurídico, a resistência pacífica, frente a um ato administrativo inválido, tem o mesmo caráter da resistência a um ato administrativo válido. Sem dúvidas que esta afirmação refere-se ao momento da realização da resistência, uma vez que o particular estará adiantando um juízo de invalidez do ato administrativo. Como não há garantias de que a Administração Pública vá futuramente reconhecer a invalidez do ato e nem de que o Poder Judiciário realizará tal juízo, o particular estará agindo por

---

61 Mello, 2000: 409. Em Espanha, a já citada *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* dispõe: *Artículo 62 – Nulidad de pleno derecho. (Artículo redactado según Ley 4/99, de 13 de enero) 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

*Artículo 63 – Anulabilidad. 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*

62 Mello, 2000: 412.

63 Mello, 2000: 412.

sua conta e risco<sup>64</sup>. Desse modo, se posteriormente houver o reconhecimento jurisdicional da invalidade do ato, a resistência do particular será reputada legítima e sua conduta estará justificada e enquadrada no campo da licitude. Todavia, se isto não ocorrer, a sua conduta será ilegítima e ilícita e estará o administrado sujeito à aplicação de sanções<sup>65</sup>.

#### 4.1. Ato administrativo autorizador inválido

Após a análise do ato administrativo e de seus vícios, torna-se necessário examinar os efeitos do ato administrativo autorizador inválido no preenchimento dos tipos penais sujeitos à acessoriedade administrativa. Na lei brasileira de crimes ambientais, ou seja, a Lei 9.605/1998, verifica-se que a maior parte dos tipos penais está sujeita à acessoriedade administrativa, indubitavelmente, em sua modalidade acessoriedade conceitual, mas também nas modalidades acessoriedade ao Direito Administrativo e acessoriedade ao ato administrativo. Para os fins deste estudo, é a acessoriedade ao ato administrativo que nos interessa. Neste sentido, citam-se, a título de exemplo, os crimes previstos nos artigos 39.º e 44.º da mencionada Lei 9.605/1998. A vinculação do primeiro tipo penal ao ato administrativo ocorre quando o legislador condiciona a licitude do corte de árvores em floresta de preservação permanente à existência de “permissão da autoridade competente”, enquanto que, no segundo, a extração lícita de pedra, areia, cal ou outros minerais de floresta de preservação permanente está condicionada à “prévia autorização”. Apesar de no artigo 44.º não haver menção expressa à competência da autoridade expedidora da “prévia autorização”, esta competência é requisito implícito da autorização. O legislador não pode criar no bojo dos tipos penais exceções ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, principalmente porque seria um completo erro se nessa vinculação ao Direito Administrativo se permitisse ao Direito Penal inovar no preenchimento do conteúdo substancial dos institutos jurídicos do Direito Administrativo, como, por exemplo, considerar válida no momento da sentença criminal uma autorização emanada de autoridade absolutamente incompetente.

Para se atender ao princípio da legalidade, é necessário que seja respeitado o conteúdo dos institutos tal como previstos no Direito Administrativo, uma vez que eles são definidos conforme as leis e normas infralegais de

---

64 Mello, 2000: 412.

65 Mello, 2000: 412.

cunho administrativo e não com base em criações puramente doutrinárias. Para tanto, necessário se faz que a interpretação sistemática seja adotada<sup>66</sup>. Não seria correto o uso de uma interpretação simplesmente gramatical que retirasse toda e qualquer utilidade da tutela penal do bem jurídico. Isto a partir da concessão do poder de autorizar a extração de minerais da floresta de preservação permanente a “qualquer autoridade”, por exemplo, o delegado de polícia. Entender que, para fins penais, qualquer “autoridade” pode emitir a tal “prévia autorização” significa quebrar totalmente o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal na tutela da natureza ambiental representada do citado artigo 44.<sup>67</sup> Desta forma, assenta-se a premissa de que, independentemente das diferenças estilísticas nas redações típicas, o tipo penal referir-se-á sempre a um ato administrativo autorizador emanado de autoridade competente<sup>68</sup>.

Por outro lado, como já se deixou entrever das linhas anteriores, defende-se que o ato autorizador ilícito não pode, em razão desta produção material de efeitos, produzir a exclusão da tipicidade penal da conduta praticada nela “amparada”. Esta excepcional produção do efeito excludente da tipicidade somente poderá ocorrer no ato anulável, quando já convalidado pela Administração Pública ou se decorrido o prazo de anulação do ato, que no âmbito federal brasileiro é de 5 anos<sup>69</sup>. O ponto de controvérsia da questão consiste na confusão feita no momento em que se percebe que o ato inválido produz materialmente efeitos. Esta verificação, contudo, não autoriza a mistura dos planos do ser com o do dever ser. Apesar desta produção concreta – mundo

---

66 Lei 9.784/99 – Art. 11.º. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. No que toca à autorização, entende-se que esta seja o “ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos: Di Pietro, 2001: 182. Não devemos nos esquecer do já citado artigo 2.º da Lei 4.717/65. Em sentido contrário quanto aos atos não manifestamente ilícitos, conferir: Greco 2006: 179.

67 A doutrina brasileira é tranqüila no sentido de que a “prévia autorização” deve originar de autoridade competente. Prado, 2005: 333; Milaré & Costa Jr, 2002: 123; Sirvinkas, 2004: 174. Na hipótese, as autoridades competentes são: IBAMA e Departamento Nacional de Proteção Mineral.

68 A mesma regra aplica-se aos crimes de danos contra a natureza e poluição previstos no Código Penal português. Há-de se constar, todavia, que, diferentemente do legislador brasileiro, o legislador português teve a preocupação de consignar expressamente, na redação típica, a necessidade de a autoridade ser competente.

69 Lei 9.784/99 – Art. 54.º. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé



do ser – de efeitos do ato administrativo inválido em razão do atributo da executoriedade, no plano jurídico – dever ser – ela não deveria ocorrer, tanto que no mundo real pode e deve ser cessada esta irregular produção de efeitos jurídicos. O juiz criminal pode e deve reconhecer a invalidade do ato administrativo em sua sentença criminal e, por consequência, examinar a eventual tipicidade da conduta sem vincular seu julgamento a uma “falsa-validade” do efetivamente inválido ato administrativo. Faça-se uma ressalva apenas, o reconhecimento no juízo criminal da invalidade do ato administrativo não fará coisa julgada em ulterior processo penal, civil ou administrativo, tal como ocorre no julgamento do incidente de falsidade previsto no artigo 148.º do Código de Processo Penal brasileiro. Pode objetar-se este entendimento alegando que ele violaria o princípio da unidade do ordenamento jurídico, todavia, uma objeção desta ordem não procederia. Este princípio deve ser atendido no plano jurídico e, em sua decorrência, no plano material, e não no plano material, apesar do plano jurídico. Seu atendimento no plano concreto deve ser consequência lógica e direta do correto entendimento e prática da unidade do ordenamento no plano jurídico.

É correta a crítica de Frisch, no tocante à necessidade de se preocupar com os fundamentos da importância do ato administrativo no tipo penal dos crimes ambientais e de se atribuir mais atenção às questões fundamentais da estrutura típica do que vem sendo conferida por aqueles que procuram dar relevância aos atos administrativos autorizadores inválidos<sup>70</sup>. Frisch percebe que, na maior parte dos casos em que há um ato administrativo autorizador inválido, é impossível a aplicação de uma punição ao agente, todavia, esta impossibilidade decorre de motivos outros que não a vinculação do juiz criminal à eficácia de um ato administrativo inválido<sup>71</sup>. Para Frisch, a não punição do agente advém da função de orientação do ato administrativo, que traz ao particular a certeza de poder confiar no ato da Administração Pública<sup>72</sup>. Situação diversa ocorrerá se a invalidade do ato administrativo autorizador tiver origem em uma conduta reprovável do particular, como a prestação de informações falsas, a coação de servidores públicos, posto que nesta hipótese não haverá qualquer certeza no ato administrativo a ser confiada por este

---

70 Frisch, 1993: 19.

71 Frisch, 1993: 69.

72 Frisch, 1993: 73.

agente<sup>73</sup>. Ou seja, Frisch trabalha com o princípio da confiança<sup>74</sup>, cujo âmbito de atuação é o risco, transformando-o em permitido, de forma a tornar a conduta do agente atípica.

Vale frisar a exceção trazida por Frisch. A conduta do particular será típica e inaplicável o princípio da confiança, havendo, desse modo, a criação de um risco não permitido e, logicamente, uma conduta típica, quando o próprio particular beneficiário provocar o surgimento da invalidade do ato administrativo autorizador por meio de uma conduta criminosa ou do abuso de um direito. Para empregar apenas um único termo, denomina-se “abuso de direito” tanto as hipóteses criminosas quanto as não delituosas, uma vez que todas elas tratam de abuso de direito *lato sensu*, ainda que este abuso seja apenas do direito de liberdade. Como já foi anteriormente tratado, o abuso de direito não é um instituto relegado apenas ao Direito Civil, mas afeto a todos os ramos do Direito, inclusive, ao Direito Penal<sup>75</sup>. Nesse sentido a lição de Köhler que, ao dissertar acerca dos limites do exercício de um direito, consigna que tais limitações podem estar tanto no Direito Privado, quanto no Direito Público<sup>76</sup>. Cunha de Sá desvela o efeito falacioso de uma ação praticada em abuso de direito, ao expor que “os termos concretos do comportamento do sujeito só *aparentemente* constituem exercício do direito”<sup>77</sup>, o que significa que, substancialmente, aquele comportamento não representa o exercício de qualquer direito, mas sim de um não-direito. Roxin admite a adoção do abuso de direito na seara penal em certas situações concretas, dentre elas, quando o particular obtém o ato administrativo autorizador prestando informações falsas à Administração Pública. Para ele, nesta hipótese, o princípio *nullum crimen* deve vigorar de modo teleologicamente restrito e sem vincular-se ao

---

73 Frisch, 1993: 74.

74 “Ainda que pensado inicialmente para viabilizar as relações de trânsito, tem hoje o princípio da confiança uma aplicação muito mais ampla, podendo reger situações as mais variadas onde concorram condutas direcionadas para um mesmo fim ou que reclamem mútua atenção ou cuidadosa vigilância”. Albuquerque, 2006: 149. Outrossim, não se pode negar que, no Brasil, é uma atividade de risco realizar individualmente qualquer empreendimento de cunho ambiental, posto que o emaranhado de normas dos mais diferentes Entes da Federação e das mais diversas espécies faz com que somente grandes grupos econômicos tenham acesso aos serviços dos caros especialistas neste setor. Inclusive, deve marcar-se que a ida, pelo particular, ao órgão público não garante, no Brasil, a obtenção das informações completas e corretas para atender todas as exigências de cunho ambiental.

75 Lobato, 2009: 99 e ss..

76 Köhler, 2005: 228.

77 Cunha de Sá, 2005: 455.

teor literal da lei<sup>78</sup>. Dessa forma, refuta-se o posicionamento de Luís Greco que execra a adoção do instituto do abuso de direito no Direito Penal e condiciona seu emprego nos crimes ambientais a uma mudança legislativa<sup>79</sup>. A primeira razão para se discordar de seu posicionamento é de índole lógico-sistemática, sendo que esta já foi brevemente exposta nas linhas pretéritas. O segundo fundamento consiste no fato objetivo de que o legislador brasileiro previu, como circunstância agravante da pena, o abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental, sendo que, inclusive, condutas outras inseridas no conceito lato de abuso de direito também vieram previstas detalhadamente como agravadoras de pena<sup>80</sup>. Desta forma, o posicionamento, ora defendido, é, no Brasil, *de lege lata*, correto.

Por outro lado, o erro de tipo é outra questão penal que pode surgir no momento em que um particular de boa-fé se depara com um ato administrativo autorizador inválido (por exemplo, uma permissão expedida por um servidor público de fato e não de direito). Neste ponto, adota-se a posição de Muñoz Conde, já que o erro do particular sobre a validade do ato administrativo é uma falsa representação da realidade ocorrida na análise, por ele, da tipicidade de sua conduta. Suponha-se que o indivíduo verifique que o tipo penal exige uma permissão válida, por exemplo, para tornar a conduta de extração de madeira atípica<sup>81</sup> e crê fidedignamente que dela dispõe. Este particular, não desconhecendo a proibição e nem a antijuridicidade da conduta de extrair madeira sem o regular ato administrativo autorizador, pode errar sobre as circunstâncias formadoras do elemento normativo do tipo permissivo. Muñoz Conde expõe que se as características especiais do dever jurídico forem elementos determinantes da tipicidade concreta do delito, “o erro sobre as mesmas” em sua totalidade “deverá ser tratado como erro de tipo, já que o dolo deve referir-se a todos os elementos integrantes do tipo” e estas carac-

78 Roxin, 2006: 815 e 816.

79 Greco, 2006: 180 e 181.

80 Lei 9.605/98 – Art. 15.º. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido a infração: (...) *b*) coagindo outrem para a execução material da infração; (...) *n*) mediante fraude ou abuso de confiança; *o*) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;

81 Lei 9.605/98 – Art. 39.º. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

terísticas configuram e constituem o tipo penal por serem elementos deste<sup>82</sup>. Em outros termos, esta pessoa agiu em erro de tipo, de forma que não teve dolo em sua conduta, logo não haverá a formação de qualquer tipicidade dolosa. Neste diapasão, emerge mais outra hipótese jurídico-penal em que o particular possuidor de um ato administrativo autorizador inválido pratica uma conduta prevista na Lei de Crimes Ambientais e, com justiça, não será passível de punição, salvo se agir com culpa e o crime admitir a modalidade culposa. É importante, no entanto, ressaltar que não se precisa inverter a lógica do sistema jurídico para criar um regramento penal *ad hoc* para os atos administrativos inválidos, inovando de maneira temerária os conceitos e preceitos do Direito Administrativo.

#### 4.2. Ato administrativo proibitivo inválido

Ato administrativo proibitivo é aquele que complementa o tipo penal ou agrava a reprovação da conduta. No Brasil, o artigo 34.º da Lei 9.605/98 traz a violação do período proibido de pesca como elementar típica. Sabe-se que a determinação dos períodos em que certos espécimes podem ou não ser pescados advém de ato administrativo da autoridade ambiental competente, em razão de ela ter mais aptidão para avaliar as vicissitudes de cada espécime animal do que o legislador. Dessa forma, o ato administrativo do IBAMA que proíbe a pesca no período de reprodução de certas espécies de peixe preenche e complementa o tipo penal do artigo 34.º da Lei de Crimes Ambientais, formando a norma penal proibitiva. Se, porventura, este ato administrativo proibitivo estiver eivado de algum vício e, por esta razão, for inválido, a conduta do particular praticada no decorrer de sua pseudo-vigência não será reprovável e o agente não poderá ser punido, porque normativamente a norma penal permanece incompleta, já que lhe falta um ato administrativo válido de complementação. Shall é categórico em condicionar a punibilidade à conformidade material do ato administrativo ao Direito, sendo esta conformação vista como um elemento típico implícito, isto a partir de uma interpretação constitucional teleológica restritiva<sup>83</sup>.

Ou seja, nada mais se defende do que o respeito ao princípio da legalidade, visto sob seu prisma material. Moreira Neto consigna que a lei e o Direito são os únicos e os próprios fundamentos da ação do Estado, que tem o seu

---

82 Muñoz Conde, 2003: 72. Corroborando este entendimento: Bitencourt, 2007: 108 e 109.

83 Shall, 1990: 1268.

agir vinculado à lei e ao Direito<sup>84</sup>. Em outros termos, trata-se do respeito ao princípio da legalidade, que é uma “dádiva” do Estado de Direito e nada mais representa do que a submissão do Estado “à sua própria ordem jurídica”<sup>85</sup>. Inclusive, Moreira Neto acrescenta a necessidade de respeito ao princípio da legitimidade, por meio do qual se exige a harmonização do atuar administrativo com o interesse da sociedade, informando, desta forma, “a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões políticas, administrativas e judiciárias”, enquanto derivações do princípio democrático<sup>86</sup>. Após estas linhas, vislumbra-se o óbvio, ou seja, o que já não precisa de mais palavras para ser demonstrado. Negar totalmente a punição de qualquer cidadão com base em ato administrativo proibitivo inválido por falta de tipicidade e em respeito à legalidade é uma medida inadiável em um Estado Democrático de Direito.

### 4.3. Atuação do particular não-autorizada

A acessoriedade administrativa traz outros pontos a serem enfrentados no âmbito do Direito Penal do Ambiente. Dentre estes, outro enfrentamento a ser levantado consiste na problemática referente à atuação do administrado, que não teve a seu favor a expedição de um ato administrativo autorizativo para a realização da atividade, mas que faria jus à sua obtenção. O cerne do debate consiste em saber se a ausência do ato administrativo basta para a formação da tipicidade, conforme a redação do tipo penal, ou se será necessária a presença de um elemento que está além da ausência do consentimento expresso da Administração Pública.

Não há dúvidas de que a sustentação da tipicidade nas hipóteses em que o particular carece deste ato administrativo autorizativo representa o pensamento majoritário, seja porque não se analisou a questão, como se o problema não existisse<sup>87</sup>, ou por convicção<sup>88</sup>. Defendendo a formação de tipicidade após uma profunda análise da questão, Rengier, para quem a função de controle

---

84 Moreira Neto, 2006: 276.

85 Moreira Neto, 2006: 276.

86 Moreira Neto, 2006: 277.

87 Nesta linha, na doutrina brasileira, posicionam-se: Freitas & Freitas, 2006: 35 e ss.; Prado, 2005: 92 e ss.; Sirvinkas, 2004: 24 e 25. Feliciano, 2005: 429 e ss. Diversamente, tendo analisado a questão e firmado posição própria: Greco, 2006: 183 e ss.

88 Rudolphi reconhece a existência deste posicionamento majoritário em favor da tipicidade, mas o contesta. Rudolphi, 1984: 197. Da mesma forma, Greco, 2006: 184.

exercida pela Administração Pública pertence a essência do ato administrativo autorizador tanto para justificar a conduta do particular como para excluir sua tipicidade penal<sup>89</sup>. Rengier eleva a função de controle da Administração Pública, tanto a formal quanto a material, à qualidade de bem jurídico. Assim, percebe nela algumas finalidades, tais como: função informativa, proteção da competência administrativa, funções de segurança e ordenação e, dentre outras, servir para legitimar materialmente a atuação do particular<sup>90</sup>.

A partir da análise do crime de contaminação de águas<sup>91</sup> e do Direito de Águas alemães, Rudolphi percebe o espaço de discricionariedade do agente administrativo como o elemento crucial na distinção entre a atuação punível e a não punível daquele particular que não possui a seu favor um ato administrativo autorizador expedido<sup>92</sup>. Rudolphi argumenta que se em determinada hipótese normativa a Administração Pública está obrigada a expedir o ato administrativo autorizador da atividade em favor dos particulares que cumprirem as exigências da Lei e das normas infralegais de cunho administrativo, a punição de alguém, que não possui a anuência formal, mas que material e juridicamente cumpriu todos os requisitos, representaria uma pura e simples punição de cunho penal para uma mera desobediência frente à Administração Pública, que age ilícitamente, posto que deveria ter expedido o ato em favor do particular e não o fez<sup>93</sup>. Nessa hipótese, Rudolphi mostra que a Administração Pública alemã está obrigada a autorizar o despejo de esgoto do particular que atendeu a todas as exigências legais e administrativas, de maneira que se houver protelação ou recusa na expedição do ato administrativo autorizador, o Poder Público atuará ilegalmente, violando as prescrições do Direito de Águas e, também, tornando sem efeito a norma do § 324 do Código Penal alemão<sup>94</sup>. Shall, inclusive, recusa que se conceda o valor de indignidade penal a meras desobediências, posto que, para tal concessão,

---

89 Rengier, 1989: 884.

90 Rengier, 1989: 876 e 877.

91 Código Penal Alemão – §324 Contaminação de Águas – (1) Quem desautorizadamente contaminar águas ou de forma prejudicial modifique suas características, será punido com pena de prisão até cinco anos ou de multa. (2) A tentativa é punível. (3) Atuando o autor culposamente será a pena de prisão até 3 anos ou de multa.

92 Rudolphi, 1984: 197 e 198.

93 Rudolphi, 1984: 198.

94 Rudolphi, 1984: 198.

alguns fatores devem ser levados em conta, como o bem jurídico protegido, que no caso é o ambiente, e a legitimidade material da incriminação conforme a correção jurídica da decisão administrativa<sup>95</sup>.

De fato, é correta a distinção entre atos vinculados e discricionários. Não se duvide de que se o ato é discricionário, somente compete à Administração Pública a análise da conveniência e oportunidade de sua prática. Em outros termos, é mérito administrativo a decisão sobre se o ato administrativo deve ou não ser praticado. Assim, se o particular *manu militari* realiza este juízo, por exemplo, ao se “auto-autorizar” a extrair minerais de floresta de domínio público, restará certo que tal conduta será tanto administrativa quanto penalmente ilegal. Nestas circunstâncias, sob o ponto de vista administrativo, a ilegalidade decorre da violação das normas que estabelecem a competência do IBAMA e do Departamento Nacional de Proteção Mineral para autorizar a citada extração mineral, enquanto que, na perspectiva penal, a ilegalidade da conduta se origina da violação da norma penal brasileira descrita no artigo 44.º da Lei 9.605/98<sup>96</sup>.

Por outro lado, se o ato é vinculado, a Administração Pública não pode se furtrar a concedê-lo ao particular. Como ensina Marcelo Caetano, a Administração Pública submete-se à Lei em um regime de legalidade, de maneira que a sua atividade tem de ser legal, ou seja, nos exatos termos da Lei<sup>97</sup>. Sundfeld argumenta que o modelo clássico que diferenciava a licença da autorização pelo caráter vinculado da primeira e do discricionário da segunda é simplista e não mais corresponde ao direito positivo atualmente vigente no Brasil, sendo que, todavia, tal modelo permaneceria válido para os casos tradicionais (por exemplo, a vinculação da Administração Pública à expedição de licença para uma simples construção em favor do particular que atendeu todos os requisitos normativos)<sup>98</sup>. Diversamente ocorreria, no entender de Sundfeld, se este particular almejasse instalar uma indústria ou um *shopping center* em seu terreno, uma vez que seu pleito estaria condicionado a circunstâncias outras que não dependeriam de seu atuar, por exemplo, nível de poluição exis-

95 Shall, 1990: 1267.

96 Art. 44.º – Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

97 Caetano, 2003: 79.

98 Sundfeld, 2003: 46.

tente na cidade e condições do trânsito na cidade<sup>99</sup>. Em realidade, o problema não é a falência do modelo clássico de distinção dos atos administrativos, mas sim a dificuldade em se descobrir no caso concreto se o ato administrativo autorizador é ou não discricionário. A verdade é que a construção do *shopping center* e a instalação de uma indústria dependem do preenchimento de alguns requisitos objetivos que independem do atuar do particular. Todavia, esta vinculação a fatores externos não tem a natureza de transformar um ato vinculado em discricionário e vice-versa. Não se pode esquecer que a propriedade não mais é percebida sob o prisma privatístico individualista. Assim, os condicionamentos urbanísticos ao direito de construir devem ser avaliados na determinação da vinculação ou da discricionariedade do ato. Se o Plano Diretor e as leis urbanísticas do município condicionarem a construção de *shopping center* e a instalação de indústria ao não agravamento do trânsito e da poluição aérea e sonora em graus razoáveis e à não redução da qualidade de vida dos moradores locais em nível considerável, não há que se ter dúvidas de que tais avaliações competirão discricionariamente à Administração Pública municipal, posto que a decisão se baseará no sopesamento entre os prós e os contras de tais empreendimentos para a vida da cidade, neste sentido, nada mais e nada menos do que um juízo de conveniência e oportunidade. Diferente seria se o Plano Diretor do município e as leis urbanísticas municipais não fizessem restrições de tais ordens, mas estipulassem objetivamente os níveis de barulho e poluição permitidos de cada área e de cada empreendimento ou se até incentivassem estas espécies de empreendimentos, desde que atendidos os requisitos objetivos. Nesta situação, não há que se negar a obrigatoriedade do Poder Público em expedir o ato administrativo autorizador em favor do particular que preencheu todos os requisitos objetivos. Para se determinar a obrigatoriedade ou a discricionariedade da Administração Pública, para fins de autorizar a instalação de uma indústria ou *shopping center*, será necessário avaliar a legislação e as normas vigentes do município em que se pretende realizar o empreendimento, uma vez que dois municípios vizinhos podem perfeitamente tratar a questão sob prismas diversos. Portanto, discorda-se de Sundfeld, posto que permanece a atualidade da clássica divisão entre atos vinculados e discricionários, apenas a sua percepção, atualmente, exige um trabalho mais apurado, refinado e localizado pelo intérprete.

---

99 Sundfeld, 2003: 47.



Marcelo Caetano deixa expresso que, em regime de legalidade, “o valor jurídico do acto resulta da sua conformidade com a norma aplicada no exercício de poderes que a lei conferiu ao órgão de Administração que o praticou”<sup>100</sup>. Neste diapasão, se a lei impõe a prática de determinado ato e a Administração Pública o omite, ela se encontra na ilegalidade, mas não o particular. Deve entender-se como atípica a conduta do particular que preencheu os requisitos objetivos, mas atuou sem o amparo do ato administrativo autorizador, seja porque a Administração Pública injustamente o negou ou porque o protelou, sob pena de se converter o Direito Penal do Ambiente em Direito Penal do “Administrador Público” e, desse modo, se passar a punir, penalmente, condutas que não são dignas de serem mais do que meras infrações administrativas, fato este que caracterizaria uma violação dos princípios democráticos do Direito Penal Liberal. Os tipos penais dos crimes ambientais não têm como fim de proteção da norma a punição de meras desobediências, mas sim a proteção do Ambiente. Por tal razão, impõe-se tomar posição no sentido de impedir o desvirtuamento do fim de proteção da norma e do risco não-permitido prescritos pelo legislador na formação da tipicidade penal<sup>101</sup>.

#### 4.4. Tolerância da Administração Pública com a atuação do particular

Conforme o posicionamento defendido, os efeitos jurídicos decorrentes da tolerância da Administração Pública para com os comportamentos autorizáveis devem ser verificados segundo a vinculação ou a discricionariedade do ato administrativo em questão. A tolerância da Administração Pública para com a atuação daquele particular que não preenche os requisitos à obtenção do ato administrativo autorizador é a questão que resta a ser solucionada nesta problemática.

Como noticia Rudolphi, parte considerável da doutrina e da jurisprudência simplifica a questão ao negar a produção de qualquer efeito justificante ao atuar do particular amparado na tolerância administrativa, de maneira a não compreender a diversidade de conteúdos enunciativos advindos da tolerân-

100 Caetano, 2003: 139.

101 No que concerne à questão trabalhada neste sub-item, o legislador penal português merece elogios. A sua opção por empregar na redação típica dos crimes de danos contra a natureza e de poluição o conceito de não-observância de obrigações impostas pela autoridade competente, de certa forma, restringe o problema. A questão central passa a ser a descoberta da legalidade e da legitimidade das obrigações impostas pela autoridade e não a existência de uma autorização administrativa válida pelo particular. Em certa medida, esta opção pode ser comparada a uma inversão do ônus probatório, no caso, em prol do cidadão.

cia da Administração Pública<sup>102</sup>. Para Rudolphi, a omissão do Poder Público em obstar ou cessar a atuação do particular pode, sim, ser equiparada a uma permissão implícita (por exemplo, o despejo temporário e não-autorizado de esgoto no sistema de águas durante a construção, pelo poluidor, de uma estação de tratamento de águas e esgoto)<sup>103</sup>. O exemplo trazido por Rudolphi não se aplica bem à realidade brasileira, mas o acerto de sua posição consiste em conceder relevância jurídico-penal aos atos administrativos tácitos de autorização. Miranda Rodrigues, contudo, defende a total irrelevância, para a caracterização da ilicitude penal, da demonstração de tolerância pelas autoridades administrativas frente ao particular que atua sem o amparo de um ato administrativo autorizador, pois sua atuação já violaria, em tese, prescrições e limitações impostas pela Administração Pública, uma vez que estaria em desacordo com os parâmetros legais<sup>104</sup>.

No entanto, não se esqueça que este posicionamento está baseado em seu entendimento de que, em Portugal, o crime de poluição é um crime de desobediência<sup>105</sup>. À época da redação original do artigo 279.º do Código Penal português, isto é, antes da reforma da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Miranda Rodrigues defendia que tal entendimento fundava-se na condição mutável do Direito Ambiental e em uma necessidade da “evolução técnica dos nossos dias”, o que, por conseqüência, faria com que não houvesse uma razão de se contestar sua constitucionalidade, posto não existir uma dependência absoluta do Direito Penal ao Direito Administrativo, isto em virtude de o tipo penal consistir em uma desobediência qualificada por um dano ambiental, já que o legislador proibia somente as condutas que se enquadrassem “em medida inadmissível”<sup>106</sup>. Entretanto, apesar da expressão “em medida inadmissível” ter sido excluída da nova redação do crime de poluição português, a sua essência permaneceu na nova redação do crime de poluição, isto porque ela se identificava como acessoriedade administrativa. A acessoriedade administrativa consubstanciada na expressão “em medida inadmissível” permaneceu viva e com nova roupagem, agora, como “não observando

---

102 Rudolphi, 1984: 198.

103 Rudolphi, 1984: 198.

104 Miranda Rodrigues, 1999: 968.

105 Miranda Rodrigues, 1999: 961.

106 Miranda Rodrigues, 1999: 962 e 965.

disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições”<sup>107</sup>. Deste modo, o pensamento de Miranda Rodrigues permanece atual e sujeito a crítica.

Há-de se verificar que Miranda Rodrigues não analisa a questão a partir das premissas corretas. Se, por um lado, é verdade que o tipo penal português do crime de poluição é uma desobediência qualificada por uma referência ambiental, por outro, há-de se reconhecer que este tipo penal não protege o ambiente dos danos ambientais autorizados pela Administração Pública e nem dos danos causados em níveis inferiores às prescrições administrativas. Como bem demonstra Sousa Mendes, “se poluir, não exagere!”<sup>108</sup>. O efeito legalizador da atuação poluente do particular é trazido pelo ato permissivo, de forma tal que o legislador criminalizou apenas a desobediência, tendo, assim, abstraído o desvalor da conduta sob o ponto de vista da lesão ao ambiente<sup>109</sup>.

Ou seja, depara-se com um verdadeiro Direito Penal Simbólico, cuja capacidade para proteger o bem jurídico declarado não corresponde aos interesses efetivamente protegidos, servindo apenas para a injustificada expansão do Direito Penal. É de bom tom que, para os fins deste estudo, se furte de proceder a considerações acerca do bem jurídico protegido e do resultado punido, sob pena de se desviar do foco de análise, mas urge frisar que o delito em questão é efetivamente um crime de mera desobediência, ao contrário do que fora defendido por Miranda Rodrigues. Também, há-de se consignar a total relevância, para a caracterização da ilicitude penal, da demonstração de tolerância pelas autoridades administrativas, uma vez que existem atos administrativos implícitos<sup>110</sup> produtores de efeitos, que não podem ser negados por um Direito Penal vinculado às premissas jurídicas do Direito Administrativo.

107 Recorde-se da redação anterior do Artigo 279.º – Poluição – 1 – Quem, em medida inadmissível: (...) 3 – A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão de poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo.

108 Sousa Mendes, 2000: 124.

109 Sousa Mendes, 2000: 143.

110 Mello contesta este posicionamento: “Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um fato jurídico e, *in casu*, um fato jurídico administrativo. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como *imputação legal*, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que considerem ter aí existido um ato tácito.” Mello, 2000: 354.

García de Enterría & Fernández, após discorrerem sobre a evolução, cujo início se deu por lei francesa de 17 de julho de 1900, da técnica do silêncio administrativo em Espanha, defendem o silêncio positivo como autêntico ato administrativo presumido frente à vigente LPC<sup>111/112</sup>. Ressalve-se, porém, que não se adota a terminologia usada no âmbito penal de que a tolerância ativa é uma omissão consciente e intencionada, enquanto que a tolerância passiva seria um puro não fazer pelo Poder Público<sup>113</sup>. Esta não adoção justifica-se pelo fato de se evitar uma confusão conceitual, já que em Espanha há conotação diversa para o silêncio positivo e o negativo da Administração Pública. García de Enterría & Fernández definem o silêncio administrativo negativo como uma simples ficção legal de efeitos exclusivamente processuais com o fim de permitir o acesso do administrado à instância judicial e, por outro lado, o silêncio positivo como um autêntico ato administrativo, que, apesar de

---

111 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado. 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo. 3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. 4. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio. 5. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días.*

112 García de Enterría & Fernández, 2006: 599 e 604.

113 Greco, 2006: 188.

presumido, é capaz de produzir todos os efeitos de uma resolução expressa<sup>114</sup>. Dessa forma, haverá exclusão de tipicidade, isto é, atipicidade da conduta, quando esta estiver amparada em um ato administrativo presumido, posto que a autorização da autoridade competente exigida pela lei penal existirá na seara administrativa. Em acréscimo, não se olvide ainda que se o citado ato administrativo presumido tiver conteúdo vinculado, a tipicidade também não poderia restar formada pelos dois fundamentos dissertados anteriormente.

No entanto, o ponto nevrálgico surge quando a tolerância administrativa se der frente à conduta antijurídica do particular. Verifique-se que, como tolerância, deve entender-se a omissão da Administração Pública em fazer cessar uma atuação pública e notória do particular em dissonância com as prescrições administrativas, uma vez que com o desconhecimento pelo Poder Público da conduta ilícita não há que se empregar o verbo tolerar ou qualquer similar, já que só se tolera aquilo que se conhece.

A construção de um imóvel em solo não edificável em razão de seu valor ecológico, sem as autorizações competentes, configura, no Brasil, o crime previsto no artigo 64.º da Lei 9.605/98<sup>115</sup>. Supondo que, apesar de esta conduta ser ilícita penal e administrativamente, a Administração Pública se quede omissa, ou melhor, tolerante e não chegue sequer a notificar o proprietário a desfazer a construção. Os anos se passam e este proprietário, com intuito de ganhar financeiramente e alavancar seu projeto político-partidário, ceda onerosamente, mas a baixo custo, seu terreno para diversos cessionários por meio de inúmeros contratos de gaveta, a fim de iniciar processo de favelização da área. Os cessionários das frações do terreno, verificando a existência de imóvel previamente construído na área e a possibilidade de terem seu teto, iniciam a construção de suas casas após a anuência verbal do presidente da associação de moradores local, que obteve promessa do secretário de obras do município de que seriam instalados postes de luz na localidade. Poucos meses depois da implantação da favela, os moradores são surpreendidos ao serem citados em processo criminal por violação do artigo 64.º da Lei de Crimes Ambientais. Não há dúvidas de que dentro da lógica tradicional de tipicidade formal, a conduta destes indivíduos é típica e punível, salvo se fosse

114 García de Enterría & Fernández, 2006: 604 e 605.

115 Art. 64.º. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

verificada a ocorrência de erro de proibição invencível. Certo que o erro de proibição poderia até trazer a não punição criminal destes moradores, mas não se vislumbra como correta a sua invocação para o caso em tela, posto que mesmo que houvesse erro de proibição, este seria evitável, fato que geraria tão somente uma redução de pena.

Em realidade, o erro dos moradores deveu-se à confiança prévia gerada pelo Poder Público Municipal, isto porque tolerou, em solo não edificável em razão de seu valor ecológico, a antiga construção do imóvel do proprietário do terreno e a instalação pública e notória da favela, sem contar que nestes moradores foi criada expectativa legítima de que o município forneceria serviço público básico para aquela comunidade. No exemplo considerado, inexistente tipicidade em função da incidência do princípio da confiança, que é hipótese de risco permitido. Como afirma Jakobs, o princípio da confiança é uma autorização para que se confie nas outras pessoas, ainda que se saiba, com base na experiência, que toda e qualquer pessoa erra<sup>116</sup>. Como bem explica Fluck, do Estado de Direito derivam os axiomas da segurança jurídica e da proteção da confiança, que se ligam aos direitos fundamentais<sup>117</sup>. Fluck bem delinea e defende a aplicação do princípio da confiança nas hipóteses de tolerância administrativa, como forma de salvaguarda do cidadão. Entretanto, não se pode concordar com a ponderação que Fluck faz entre a confiança e os interesses públicos<sup>118</sup>, uma vez que tal ponderação flexibiliza a segurança jurídica vista como direito fundamental do cidadão de não ser surpreendido pelo Estado com punições.

Há-de se defender que o princípio da confiança seja o critério do intérprete para avaliar as hipóteses em que a Administração Pública tolera a conduta do cidadão que atua antijuridicamente. Tal assertiva não significa, de modo algum, que em toda e qualquer tolerância administrativa se aplicará o princípio da confiança, pois esta aplicação somente terá vez quando a tolerância do Poder Público para com a conduta ilícita do particular gerar neste uma confiança legítima de que sua atuação está autorizada<sup>119</sup>. No entanto, a questão central é a confiança legítima do particular na Administração Pública. Esta confiança, criada pela atuação comissiva ou omissiva da própria Admi-

---

116 Jakobs, 1997: 253.

117 Fluck, 1990: 203.

118 Fluck, 1990: 201.

119 No mesmo sentido: Greco, 2006: 190 e 191.

nistração Pública, dá origem ao risco autorizado que o particular assume ao realizar sua conduta. Assim, com a presença do risco permitido, a conduta do particular torna-se atípica e, por consequência, lícita.

#### 4.5. Normas construídas sem remissão expressa ao Direito Administrativo

No que toca aos tipos penais construídos sem remissão legislativa expressa, urge perceber que esta remissão é implícita e serve como parâmetro material de lesão ou ameaça ao bem jurídico. Não é correto negar a persistência da acessoriedade administrativa na formação da tipicidade material dos crimes contra o ambiente. O tipo penal do artigo 54.<sup>o</sup><sup>120</sup> da Lei de Crimes Ambientais é o exemplo brasileiro paradigmático do problema em questão. Em Portugal, o crime de perigo relativo a animais ou vegetais previsto no artigo 281.<sup>o</sup> do Código Penal exemplifica a questão. É certo que não cabe ao penalista definir o conteúdo dos termos florestas, plantações e culturas.

Acertadamente, Greco critica os ambientalistas que ignoram as garantias e a dogmática penal e desconsideram os padrões ambientais fixados pela Administração Pública na análise da tipicidade<sup>121</sup>. Leme Machado, por exemplo, ao discorrer sobre o crime de poluição, afirma que as normas administrativas servem para caracterizar a conduta, todavia, se tais normas forem inidôneas nesta caracterização, a incriminação poderá se dar independentemente delas, pois o tipo penal do artigo 54.<sup>o</sup> não foi condicionado ao descumprimento de qualquer norma administrativa<sup>122</sup>. Em verdade, o posicionamento de Leme Machado viola a unidade do ordenamento jurídico<sup>123</sup>, já que, em tese, segundo seu pensamento, uma conduta correta sob o prisma administrativo poderia ser considerada um injusto penal, criando, dessa forma, uma contradição sistêmica. Seu posicionamento afronta, ainda, o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, além de rasgar o já mencionado princípio da confiança, posto que o cidadão não só pode como deve confiar nas diretrizes contidas nas normas administrativas, dentre elas os valores-limite de poluição permitidos,

120 Art. 54.<sup>o</sup>. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

121 Greco, 2006: 191 e 192.

122 Machado, 2005: 702.

123 “El principio de la unidad del ordenamiento jurídico obliga a que el Derecho Penal no pueda conminar con una pena un comportamiento expresamente permitido por el ordenamiento jurídico”. Calderón, 2005: 259 e 260.

quando previstos, para atuar licitamente na seara penal do ambiente. Não se olvide que, entre os princípios do Direito Ambiental, encontra-se o axioma do poluidor-pagador<sup>124</sup>, o que torna disparatado o movimento em prol da expansão do Direito Penal simbólico. Em outros termos, refutar o posicionamento de Leme Machado não é mais do que garantir o respeito ao direito fundamental de liberdade, basilar de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Se o ato ou a norma administrativa é iníqua para a proteção do ambiente que se responsabilize o administrador público, se agiu de má-fé, ou o Ente Federado e se refaça a norma, mas jamais punir penalmente o cidadão que atuou amparado e confiando nas diretrizes de Direito Administrativo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste panorama da legalidade no Direito Penal Ambiental, é possível perceber a necessidade de se assumir uma concepção crítica da tutela do Ambiente por meio do Direito Penal. Esta tomada de posição tende a robustecer o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Direito de Liberdade e as garantias que lhe são correlatas não podem ceder em prol do fortalecimento do poder punitivo estatal. Se, por um lado, é certo que o Ambiente deve ser tutelado, por outro, é correto e necessário impor que esta tutela ocorra dentro dos limites democráticos e em obediência aos direitos fundamentais, sob pena de o Ambiente servir, apenas, de mote legitimador para o recrudescimento de um Estado punitivo e liberto das amarras basilares do Estado de Direito. Dentro destas amarras fundamentais do Estado de Direito, encontra-se o princípio da legalidade, que não se limita a uma concepção formal, mas que deve ser visto e trabalhado a partir de uma concepção material, a fim de se evitar o seu esvaziamento, o que historicamente ocorreu em diversos Estados totalitários. Por esta razão, deve ser-se muito cauteloso com a tutela penal do ambiente, já que a causa é de extrema importância e urgência e, por conseqüência, tende a tornar o jurista menos cioso com os perigos do expansionismo penal.

---

124 "O Princípio do Poluidor Pagador é o princípio que, com maior rapidez e eficácia ecológica, com maior economia e maior equidade social, consegue realizar os objectivos da política de protecção do ambiente. Os fins que o PPP visa realizar são a precaução, prevenção e a equidade na redistribuição dos custos das medidas públicas." Aragão, 2007: 48.



**BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel

2006 *Princípio da Confiança no Direito Penal – Uma Introdução ao Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ARAGÃO, Alexandra

2007 “Direito Constitucional do Ambiente da União Européia”, in Canotilho, José Joaquim Gomes & Leite, José Rubens Morato (orgs.), *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, pp. 11-55.

BITENCOURT, Cezar Roberto

2007 *Erro de Tipo e Erro de Proibição – Uma Análise Comparativa*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva.

BRUNO, Aníbal.

1967 *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo 1.º, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense.

CALDERÓN, Silvia Mendonza

2005 “La Protección del Medio Ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: Estudio de Derecho Penal Comparado”, in Martos Nuñez, Juan Antonio (org.), *Derecho Penal Ambiental*, Madrid: Exlibris.

CAETANO, Marcelo

2003 *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina.

CARVALHO FILHO, José dos Santos

2005 *Manual de Direito Administrativo*, 14.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto

2005 *Abuso do Direito*, 2.<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Almedina.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella

2001 *Direito Administrativo*, 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas.

FELICIANO, Guilherme Guimarães

2005 *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro*, São Paulo: LTr.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2007 *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

FLUCK, Jürgen

1990 “Die Duldung des unerlaubten Betriebes genehmigungsbedürftiger Anlagen – Ein Beitrag zu den verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Wirkungen informellen Verwaltungshandelns”, in *Natur+Recht*, Caderno 5, Hamburg/Berlin: Paul Parey, pp. 197-203

- FREITAS, Vladimir Passos de & FREITAS, Gilberto Passos de  
2006 *Crimes Contra a Natureza*, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FRISCH, Wolfgang  
1993 *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, Heidelberg: Juristischer Verlag.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón  
2006 *Curso de Derecho Administrativo I*, 13.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor-Navarra: Aranzadi e Thomson Civitas.
- GOMES, Luiz Flávio  
1999 *Estudos de Direito Penal e Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRECO, Luís  
2006 “A Relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: Uma Introdução aos Problemas da Acessoriedade Administrativa”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 14, N.º 58, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRECO, Rogério  
2006 *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, Vol. II, Niterói: Impetus.
- HUNGRIA, Néelson  
1958 *Comentários ao Código Penal*, Tomo I, Vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense.
- JAKOBS, Günther  
1997 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación* (trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo), 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas  
2002 *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (trad. por Miguel Olmedo Cardenete), 5.<sup>a</sup> ed., Granada: Comares.
- JESUS, Damásio Evangelista  
2002 *Crimes de Trânsito*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva.
- KÖHLER, Helmut  
2005 *BGB – Allgemeiner Teil*, 29.<sup>a</sup> ed., München: C.H. Beck.
- LOBATO, José Danilo Tavares  
2009 *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras: Uma Questão Única de Imputação Objetiva*, Curitiba: Juruá.

- LUCA, Javier Augusto de  
1997 *Leyes Penales más Benignas, en Blanco y Constitución Nacional*, 1.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: AD-HOC.
- LUISI, Luiz  
2003 *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme  
2005 *Direito Ambiental Brasileiro*, 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros.
- MEIRELLES, Hely Lopes  
1996 *Direito Administrativo Brasileiro*, 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de  
2000 *Curso de Direito Administrativo*, 12.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet  
2007 *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva.
- MILARÉ, Edis & COSTA JR., Paulo José da  
2002 *Direito Penal Ambiental – Comentários à Lei 9.605/98*, Campinas: Millennium.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo  
2006 *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar.
- MUÑOZ CONDE, Francisco  
2003 *El Error em Derecho Penal*, Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni.
- PRADO, Luiz Regis  
2005 *Direito Penal do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- RENGIER, Rudolf  
1989 “Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, N.º 101, Caderno 4, pp. 874-907.
- RODRIGUES, Anabela Miranda  
1999 “Artigo 279”, in Dias, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial – Tomo II – Artigos 202.º a 307.º*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 944-978.
- ROGALL, Klaus  
1988 “Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts”, in (?), *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zum 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, pp. 505-529.
- ROXIN, Claus  
2006 *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.<sup>a</sup> ed., München: C. H. Beck.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

1984 “Primat des Strafrechts im Umweltschutz”, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Caderno 5, Ano 4, München: C. H. Beck, pp. 193-199.

SHALL, Hero

1990 “Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, N.º 20, München: C. H. Beck, pp. 1263-1273.

SILVA, Antonio José da Costa e

2004 *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, Vol. I, in Coleção História do Direito Brasileiro, Vol. VII, Brasília: Senado Federal e Conselho Editorial do STJ.

SIRVINSKAS, Luís Paulo

2004 *Tutela do Meio Ambiente – Breves Considerações atinentes à Lei n.º 9.605/1998*, 3.ª ed., São Paulo: Saraiva.

SOUSA MENDES, Paulo de

2000 *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa: AAFDL.

SUNDFELD, Carlos Ari

2003 *Direito Administrativo Ordenador*, 1.ª ed., São Paulo: Malheiros.

WELZEL, Hans

1969 *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin: Walter de Gruyter.

WESSELS, Johannes

1976 *Direito Penal – Parte Geral – Aspectos Fundamentais* (trad. por Juarez Tavares), Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

# COMPETITION POLICY AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: A CRITICAL OVERVIEW

*Annette Bongardt\* / João E. Gata\*\**

*ABSTRACT: We focus on the possible trade-offs between competition policy and environmental protection. We first look at the potential sources of conflict between competition policy and environmental protection in the European Union (EU). Then we examine, in more detail, the properties of market based instruments for environmental protection, in particular the workings of the EU Emissions Trading Scheme (ETS), the principal EU instrument to implement its Kyoto Protocol commitments, which aims at creating a well functioning market for pollution permits. Competition policy ought to prevent attempts to manipulate prices, abuses of dominant positions and cartel agreements that will seriously distort the well functioning of the secondary markets for emissions permits.*

SUMMARY: Introduction. 1. Environmental protection vs. competition policy. 2. Economic policy instruments and market functioning: synergies between competition policy and environmental protection? 3. On the EU Emissions Trading System: an overview. 4. Conclusion.

## INTRODUCTION

The European objectives of a competitive, low-carbon economy and of sustainable growth imply that single market performance and delivery are critical for achieving economic efficiency and environmental sustainability. Single market performance in turn is conditioned by market liberalisation (externally and in the internal market), the quality of regulation and competition policy. Our paper focuses on the latter aspect, competition policy, and its relation with environmental protection, namely on their compatibilities and possible trade-offs.

---

\* bongardt@ufp.edu.pt

\*\* jgata@concorrenca.pt

The Lisbon Treaty enshrines the sustainable development objective – see Article 3 of the Treaty of the European Union (TEU) and Article 11 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) –, and obliges the EU to take the environment into account in all policies, therefore also in competition policy<sup>1</sup> (see Article 11 TFEU; see also the Lisbon Treaty Protocol on the Internal Market and Competition). In addition, European Union (EU) international environmental agreements, in particular the Kyoto Protocol<sup>2</sup>, require the EU to find ways to make its external commitments compatible with internal market functioning. This paper looks at the synergies and potential trade-offs between the goal of competition and of a level playing field and environmental protection. It first looks at the potential sources of conflict between these two goals and then examines, in more detail, the properties of market based instruments for environmental protection, in particular the workings of the EU Emissions Trading Scheme (or system, EU ETC), the principal EU instrument to implement its Kyoto commitments.

## 1. ENVIRONMENTAL PROTECTION VS. COMPETITION POLICY

At the outset one may claim that, in the presence of externalities (i.e., external effects that have not been internalized) the existence of a monopoly may bring about advantages for the environment since, for a given technology, its typically lower production levels when compared with the perfect competition case (lower quantities produced sold at higher prices) might imply lower pollution levels<sup>3</sup>. On the other hand, the (vertical or horizontal) integration of polluting firms with those economic undertakings suffering from these negative externalities would imply the internalisation of such externalities within firms. That is, market concentration in this sense would promote environmental protection. Furthermore, firms' integration, by reducing or eliminating collective action problems, would facilitate an efficient inter-temporal management of natural resource stocks. On the other hand, environmental regulation may raise costs and lead to more concentrated

---

1 One can define *competition policy* as “the set of policies and laws, which ensure that competition in the marketplace is not restricted in a way detrimental to society” (Motta, 2004: 30). Notice that the promotion of market integration is one of the key objectives of EU competition policy.

2 For an in depth analysis of the Kyoto agreement and beyond, see Barrett, 2003, Barrett, 2006 and Nordhaus, 2006. See also, the Commission's July 2003 Memo/03/154 on the Kyoto Protocol.

3 See e.g., Perrot, 2006.

market structures by driving out smaller firms unable to underwrite larger investments<sup>4</sup>.

However, the static view of a given technology with a positive relation between output and pollution levels disregards environmentally friendly innovation and sits uneasily both with the Lisbon goals that came to include the environment next to growth and employment and the sustainable growth objective under the Europe 2020 strategy, and with the perhaps consensual view that competitive markets are more innovative<sup>5</sup>. In fact, the challenge for the EU amounts to making compatible growth, employment and environmental quality and foster innovation (new goods, services, technologies and sectors) to achieve sustainable growth. Moreover, greater market concentration might raise serious competitive issues, which will put at risk the promotion of competitive markets.

Nevertheless, markets are rarely fully competitive, i.e., harbouring no firm holding some degree of market power, and one can face natural monopoly type situations. Moreover, the full internalization of environmental externalities does not guarantee, *per se*, the achievement of Pareto optimality, as will be shown below. For instances, bringing into the market the activity of waste collection and recycling, coupled with the Polluter-Pays-Principle (PPP), does not address the question of how to regulate that activity that might be a natural monopoly. This raises the issue of how to balance environmental protection goals with the promotion of competitive markets. The Commission (DG Competition) is reportedly doing that, interpreting Article 11 TFEU (ex-Article 6 TEC) not as the environmental dimension taking precedence over competition policy but as requiring it to ponder both impacts (Geradin, 2002). The Commission stresses the synergies between the two policies, with market pressures being fundamental for the effective application of the PPP; this issue will be taken up in section 3. However, Geradin puts forward and discusses four sources of potential tension<sup>6</sup>:

---

4 See OECD, 2006.

5 Nevertheless, see e.g., Aghion et al., 2005.

6 The discussion below of the sources of potential tension between environmental policy and competition policy follows Geradin, 2002.

- (1) The increased use of environmental agreements (Article 101 TFEU, ex-Article 81 TEC);
- (2) The behaviour of undertakings carrying out environmental activities and which hold a dominant position (Article 102 TFEU, ex-Article 82 TEC);
- (3) Special or exclusive rights to undertakings (for instance in waste collection, recycling);
- (4) State aids.

Under Article 101 TFEU environmental agreements may fall under the general prohibition of Article 101(1), that is, all environmental agreements that have a restrictive impact on competition, or under the - not absolute - prohibition under Article 101(3) as the result of a pondering of positive and negative conditions. Regarding the latter, in practice the Commission has considered environmental protection as one of the positive factors contributing to technical or economic progress. Also, the Commission's position is strict with respect to necessity and the proportionality requirements, requiring agreements to be indispensable for attaining environmental objectives.

Geradin's (2002) conclusions as to how the Commission attempts to reconcile competition principles with its treatment of environmental agreements are, firstly, that the Commission does not accept that environmental protection be used as an excuse to justify an agreement whose primary objective is to restrict competition. Secondly, that the Commission takes a favourable stance on agreements seeking to implement environmental objectives defined at Community level. Thirdly, that in line with the draft guidelines, the Commission conducts cost-benefit and cost-effect analyses. Regarding the proportionality test of restriction, it takes into account not only the individual economic benefits but also collective environmental benefits.

In contrast to Article 101 TFEU, Article 102 TFEU does not provide for exceptions. Undertakings that carry out environmental tasks (realising economies of scale, organised on a collective basis) and thereby achieve a dominant position (for instance waste collection or recycling schemes) are subject to the discipline of Article 102 TFEU that forbids any abuse of that position. In this sense, there is no real tension between environmental protection and competition law (even if a dominant supplier used its market power to force suppliers or consumers to improve their environmental performance).



Exclusive rights in the environmental domain in light of Article 106 TFEU regard member states' specialised agencies / undertakings to accomplish certain environmental duties (treatment of waste water, clean-up of polluted sites) that feature a natural monopoly position and have public service obligations. In essence, a member state that has conferred exclusive rights on an undertaking to fulfil environmental duties will have to demonstrate the necessity for doing so. Put differently, in a competition regime without such exclusive rights the undertaking would not be able to provide its service of general economic interest in a satisfactory manner. To the extent, therefore, that Article 106 TFEU aims at making the market work in benefit of environmental tasks there is no conflict.

Environmental state aids (Articles 107-109 TFEU) is an area where, in theory, there is no conflict between competition policy and environmental protection. Competition policy prohibits state aids that distort the competitive process and affect intra-Community trade, while as far as environmental protection is concerned state subsidies are incompatible with the PPP. However, tensions arise in practice when member states choose to achieve environmental goals by granting subsidies to industry. Note that subsidies are an environmental, market-based policy instrument (see also section 3). The Commission emits guidelines on authorising environmental state aids subject to certain criteria, most recently in 2008 (Community guidelines on state aid for environmental protection<sup>7</sup>) within the Climate Action and Renewable Energy Package.

The prohibition of state aids under Article 107(1) TFEU is not absolute. As under 101(3) the Commission can consider as compatible with the common market aid to promote the execution of an important project of

---

7 Community Guidelines on State Aid For Environmental Protection (2008/C 82/01). As stated in its paragraph 6: *"The primary objective of State aid control in the field of environmental protection is to ensure that State aid measures will result in a higher level of environmental protection than would occur without the aid and to ensure that the positive effects of the aid outweigh its negative effects in terms of distortions of competition, taking account of the polluter pays principle (hereafter 'PPP') established by Article 174 of the EC Treaty."*

As stated in paragraph 24: *"According to the PPP [Polluter Pays Principle], the polluter should pay all the costs of its pollution, including the indirect costs borne by society. For this purpose, environmental regulation can be a useful instrument to increase the burden on the polluter. Respect for the PPP ensures, in theory, that the market failure linked to negative externalities will be rectified. Consequently, if the PPP were fully implemented, further government intervention would not be necessary to ensure a market-efficient outcome. The PPP remains the main rule and State aid is in fact a second-best option. Using State aid in the context of the PPP would relieve the polluter of the burden of paying the cost of its pollution. Therefore, State aid may not be an appropriate instrument in such cases."*

common European interest. Note that the concept of state aid requires a pecuniary burden on the state (subsidy or tax relief) while exemptions from environmental regulation that constitute invisible barriers to trade have to be dealt with by different means (elimination, harmonisation of environmental standards). In this domain the Commission has some discretionary powers and has developed principles for the authorisation of aid regimes, notably necessity (to achieve the environmental objective) and proportionality (environmental benefits outweigh adverse effects on competition). Also, investment aid and operating aid are treated differently, the first one more favourably.

It is noteworthy that in the German Eco-taxes decision<sup>8</sup>, the Commission took into account competitiveness factors in the appraisal of state aid regimes. Competition between tax regimes in the EU may give rise to competitiveness distortions that might in turn condition national environmental policy choices, although that might not be in line with EU goals. In the above decision the Commission was sensitive to the particular political economy argument (allowing for tax exemptions to industrial users as the only politically acceptable way for a national government to set up an energy taxation scheme) despite the fact that it contradicts the PPP and reduces the effectiveness of the scheme.

Geradin (2002) concludes that the Commission has generally managed to deal with the potential sources of tension and find a balance, namely trying to make compatible the objectives of competition and the environment and applying a proportionality test in this balancing exercise. The latter involves the application of four criteria, consistently found in restrictive practices, exclusive rights and state aids, that is the objective has to be an environmental goal, there has to be a causal link (between the adopted measure and the environmental objective), there has to be a necessity for that measure (it cannot be achieved by less restrictive measures) and there needs to be a balance between the measure and its objective (the restriction of competition must be proportionate to the environmental benefits of the measure). While Geradin (2002) therefore concludes that a conflict between competition and environmental protection may exist in theory, he does not find evidence for a conflict in practice.

Yet, one may point out, the problem might reside less in the application of competition policy in the environmental field but rather more in making

---

8 See IP/00/157, February 2000.

use of the efficiency potential of the single market through the application of market instruments of environmental protection (taxes and subsidies, marketable permits).

## **2. ECONOMIC POLICY INSTRUMENTS AND MARKET FUNCTIONING: SYNERGIES BETWEEN COMPETITION POLICY AND ENVIRONMENTAL PROTECTION?**

Since the 5<sup>th</sup> Environmental Action Programme, the EU is set on a path of ecological modernisation of its economy and towards the increased use of economic instruments, rather than command-and-control-type instruments<sup>9</sup>. The former tend to be cheaper to implement and tend to promote innovation (i.e., have a dynamic economic efficiency enhancing effect).

Economic instruments use the market mechanism to achieve environmental goals. They work via incentives / pricing of environmental costs (internalisation of environmental damage costs) and thus need a well functioning market. With competition in the market and agents with different cost structures it is the most efficient firms that will prosper and inefficient ones will be penalised in the market. Treaty-based principles of EU policy – the PPP and cost-benefit analyses on policy choice (Article 191 (2) and (3)) – work towards economic efficiency.

Economic instruments notably comprise taxes and charges, marketable emission quotas, and subsidies. All of them require a functioning market to be effective. However, not all of them sit easily with the PPP (enshrined in Article 191 (2) TFEU, ex- Article 174 TEC). One issue is if (sometimes a big if) one knows the damage costs to be charged to the polluter, another that a subsidy is alternative to the PPP. Also, whether the PPP is applied in the case of marketable emission quotas depends very much on the distribution mode of emission rights and on market creation and functioning. Let us briefly consider the chief issue associated with the functioning of taxes and subsidies, on the one hand, and marketable permits (such as the EU ETS), on the other.

---

9 See e.g., Nordic Competition Authorities; 2010:6: “Governments can choose between two broad categories of policy tools in seeking to respond to and correct for negative environmental externalities: economic and administrative policy tools. Economic tools, such as taxes and subsidies, work indirectly via the price mechanism while tradable permits work through regulated quantities traded in a market. Regulations of a more administrative character are those which for example include specifications of maximum permitted emissions or detailed requirements for products, production processes or technologies. Such approaches are often referred to as command and control approaches”.

### Taxes *versus* subsidies

Taxes have optimality properties, that is, they implement the efficient (optimal) level of pollution (by equating private to social marginal costs of individual decisions), if both damage costs and abatement costs are known, as well as cost-effectiveness properties (that is, if the optimal level of pollution is not known, taxes have least-cost properties with a view to achieving given standards, as opposed to standard-setting without taxes or charges) (Pearce and Turner, 1990).

Baumol and Oates (1971) first showed that compliance costs are lower for taxes than for standard setting, since the latter incurs higher total abatement costs to achieve the same standard. Whether taxes are a least-cost solution of course depends on the alternative mechanisms, such as marketable permits. Taxes also economise on scarce administrative capacity. Taxes can be implemented without knowing the efficient solution (without the state needing to know the damage function). In this case one does not implement the optimal level of pollution but still a cost-effective solution.

Following once more Pearce and Turner (1990). Subsidies can be interpreted as being the opposite of taxes (i.e., in the sense of being negative taxes) and imply payments to firms, which pollute below a certain level. The idea is to encourage polluters to install abatement equipment, paying a subsidy on the amount of pollution reduced. However, while the short-run responses to a subsidy are the same as those for a tax, the long-run response might be very different. Consider that taxes raise firms' marginal and average costs. Firms will exit the industry if the price is smaller than the new average costs, shifting the industry supply curve to the left and resulting in a new short-run and long-run equilibrium. In the case of a subsidy, marginal costs are higher (since by expanding output a firm foregoes the subsidy, but average costs fall when the firm gets a payment for lowering output), price is higher than the new average cost (old average costs minus the subsidy) and hence new firms will enter the industry, shifting the supply curve to the right. The net effect on pollution levels is thus not clear. A subsidy risks to lead to increased rather than reduced pollution as a consequence of altering the exit and entry conditions into the polluting industry.

Competition and environmental protection are complementary under perfect competition. The Pigouvian tax is equal to the marginal external cost and achieves the desired result. However, under imperfect competition there are two market imperfections that need to be solved, namely downward-

sloping demand curves and a negative externality. This requires that the 'market power imperfection' be corrected first (by ensuring a move towards the equality between Price and Marginal Cost), after which the Pigouvian tax would be set equal to the marginal external costs. As a result, under imperfect competition the optimal tax is not equal to the marginal external cost but could then be positive or negative. Pollution taxes are still appropriate under imperfect competition if the externality is large relative to private costs (Pearce and Turner, 1990).

### **Marketable pollution permits**

Marketable pollution permits (Dales, 1968) render competition and environmental protection compatible, provided that the markets work well (S-D) to give adequate incentives. The advantages of marketable pollution permits can be resumed as follows (Pearce and Turner, 1990):

- (1) Minimisation of the total cost of pollution abatement (analogue to Baumol-Oates theorem on taxes);
- (2) Accommodation of new entrants (higher demand; if required it is possible to vary standards with comparative ease);
- (3) Opportunities for non-polluters (environmental pressure groups; preferences for pollution control – WTP (willingness to pay));
- (4) Ease to deal with inflation and adjustment costs permits: define standard and decide on mechanism for issuing permits; permits are also insensitive to inflation (D-S) (taxes, on the other hand, are not. Hence, a correct estimate of the tax rate will be required so as to implement the envisaged standard);
- (5) Spatial dimension (permits, to a considerable degree, avoid problems of taxes associated with creation of different receptor points and assimilative capacities of pollution, and synergetic effects);
- (6) Permits have an advantage over charges systems as far as technological lock-in is concerned: quantity of permits is set equal to required standards and it is prices that adjust (underestimation of abatement costs has an effect on demand and prices)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Note that abatement expenditures are often lumpy, and that charges in addition often underestimate costs (given that authorities are fraught with uncertainty), thus not giving polluters the right incentives to invest.

### 3. ON THE EU EMISSIONS TRADING SYSTEM: AN OVERVIEW

The EU ETS is at the centre of the EU's efforts to reduce carbon dioxide emissions. It was launched on 1 January 2005, the beginning of the so-called first trading period. The EU ETS aims at creating a well functioning market for pollution permits.

According to the EU Memo/08/35<sup>11</sup>, *«The aim of the EU Emissions Trading System (EU ETS) is to help EU Member States achieve their commitments to limit or reduce greenhouse gas emissions in a cost-effective way. (...) The EU ETS is the cornerstone of the EU's strategy for fighting climate change. It is the first international trading system for CO<sub>2</sub> emissions in the world and from the start of this year applies not only to the 27 EU Member States but also the other three members of the European Economic Area – Norway, Iceland and Liechtenstein. (...)»*. Moreover, *«The EU ETS is a 'cap and trade' system, that is to say it caps the overall level of emissions allowed but, within that limit, allows participants in the system to buy and sell allowances as they require. These allowances are the common trading 'currency' at the heart of the system. One allowance gives the holder the right to emit one tonne of CO<sub>2</sub>. The cap on the total number of allowances is what creates scarcity in the market.»*

Again, according to the EU Memo/08/35, *«(...) The first trading period ran for three years to the end of 2007 and was a 'learning by doing' phase to prepare for the crucial second trading period. The second trading period began on 1 January 2008 and runs for five years until the end of 2012. The importance of the second trading period stems from the fact that it coincides with the first commitment period of the Kyoto Protocol, during which the EU and other industrialised countries must meet their targets to limit or reduce greenhouse gas emissions. For the second trading period the Commission has capped national emissions from EU ETS sectors at an average of around 6.5% below 2005 levels to help ensure that the EU as a whole, and Member States individually, deliver on their Kyoto commitments.»*

Note that the EU ETS works largely along the same principles in trading periods 1 and 2. The first trading period, between 1 January 2005 and the end of 2007, allowed for the establishment of free trading of emission allowances in the EU, putting in place the necessary infrastructure and developing a dynamic carbon market. However, these first two trading periods have shown that widely different national methods for allocating allowances to

---

<sup>11</sup> Memo/08/35 on Questions and Answers on the Commission's proposal to revise the EU Emissions Trading System (from January 2008).

installations in the energy and industrial sectors can jeopardize *fair competition* in the EU internal market.<sup>12</sup> The third trading period is designed to ensure that such fair competition will be in place.

Regarding the post-2012 period, the revised EU ETS Directive<sup>13</sup>, proposed by the Commission within the Climate Action and Renewable Energy Package and which amends the Directive 2003/87/EC, seeks to strengthen, expand and improve the functioning of the EU ETS. This third trading period, running from 2013 until 2020 and which clearly reflects a learning process on the part of the Commission, sets as its target (endorsed by the March 2007 European Council) a (unilateral) reduction in EU emissions of at least 20 per cent by the year 2020, compared with 1990 levels, and of 30 per cent, provided that other industrialized countries commit to comparable emission reductions efforts.

According to the Commission, the main changes proposed in the new Directive are as follows: (i) there will be one EU-wide cap, determined for each individual year, on the number of emission allowances instead of 27 national caps. The annual cap will decrease along a linear trend line, which will continue beyond the end of the third trading period (2013-2020)<sup>14 15</sup>; (ii) a much larger share of allowances – estimated to be around 60% of the total number of allowances – will be auctioned instead of allocated free of charge; (iii) harmonised rules governing free allocation will be introduced; (iv) part of the rights to auction allowances will be redistributed from the Member States with high per capita income to those with low per capita income in order to strengthen the financial capacity of the latter to invest in climate friendly technologies; (v) a number of new industries will be included in the

12 See EU Memo/08/35.

13 Directive 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009, amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community.

14 The starting point of this line is the average total quantity of allowances (phase/trading period 2 cap) to be issued by Member States for the 2008-2012 period, adjusted to reflect the broadened scope of the system from 2013. The linear factor by which the annual amount shall decrease is 1.74 per cent in relation to the phase 2 cap.

15 One can question why the Commission would not set a unique EU-wide cap for the entire 2013-2020 period, instead of yearly caps. Nevertheless, and scientifically speaking, it might not be irrelevant whether emission allowances caps are set up yearly or only once. In fact, the difference between stock and flow pollution might imply that the yearly cap alternative is “superior” (in terms of social welfare) to the once and for all. In a sense, we might be facing a case of “market failure” (the market being “blind to scientific concerns”) – see Commission’s Directive Proposal, p.7.

EU ETS and so will two further gases (nitrous oxide and perfluorocarbons); (vi) Member States will be allowed to exclude small installations from the scope of the system, provided they are subject to equivalent emission reduction measures (e.g., via Pigouvian emission taxes or command-and-control/regulatory type measures).

Hence, some carbon dioxide emissions allowances will still be allocated for free during this third trading period, but to a lower extent than before. For the power sector, full auctioning will be in place from 2013 onwards across most of the EU. On the other hand, the proportion of allowances given out for free will be progressively phased out until 2020, with an exception being made for installations in sectors considered to be at a significant risk of “carbon leakage”. In our view, this exception actually amounts to a public subsidization (state aid?) of industrial installations “more vulnerable” to a reallocation process towards non-EU countries with less stringent constraints on carbon emissions. Having this opt-out alternative, these sectors might have little incentive to invest in cleaner technologies unless, and in the case of reallocation, the imports by the EU of their products were to be subjected to an “emissions tariff” reflecting their higher emissions production technology.

The EU-wide caps will be determined for each individual year. Because allowances remain valid throughout the trading period (2013-2020), installations are able to save allowances and use them later on. One question that arises is in what way *secondary* markets for allowances will be set up so as to enable installations with an allowance deficit to buy allowances from those other with allowance savings. Also, it would be interesting to analyse how such markets will interact with the emissions auctions that will be run by the different Member States. In any case, the prices formed in these allowance markets (which could eventually include future markets) will convey valuable information on emissions allowance scarcity, enabling the different agents to better design their business strategies and investment plans. As pointed out by e.g., Perrot (2006) the state of competition in these markets ought to be monitored closely to prevent attempts to manipulate prices, abuses of dominant positions and cartel agreements that will seriously distort the well functioning of these secondary markets.

Notice that an auctioning run by a Member State must respect the rules of the internal market, hence must be open to any potential buyer under non-discriminatory conditions.



There will be an end-of-year check up exercise to make sure each agent has enough pollution emission rights to cover its pollution levels emitted during the previous year. This check mechanism already exists, even though an overlygenerous allocation of pollution rights, based on each agent's past records, has dampened, to a certain extent, pollution control in the first two trading periods.

Finally, and as in the first two trading periods, under the EU ETS Member States may allow their operators (installations) to use credits generated by emission-saving projects undertaken in third countries to cover their emissions in the same way as EU ETS allowances. These credits have to be recognised by the Kyoto Protocol's Joint Implementation mechanism or by the Clean Development Mechanism.

#### 4. CONCLUSION

While there are sources of potential conflict between competition and environmental protection, European Commission practice seems to balance it out in practice. Conversely, there are potential synergies between the application of the PPP and a functioning market. Competition is vital for the good functioning of Pigouvian taxes and marketable permits. In the case of Pigouvian taxes, tax rates then correspond to marginal external costs. However, under imperfect competition the picture becomes complicated, as there are two market failures to be dealt with, and the computation of tax rates requires a correction of the market imperfection plus the externality, with the result that the taxes might be positive or even negative. Subsidies contradict the PPP and their pollution reduction impact is unclear at the outset. Marketable permits are an alternative to Pigouvian taxes and also require a functioning market.

In the EU the implementation of Pigouvian taxes is fraught with the unanimity voting requirement. The proposal of a European CO<sub>2</sub> tax, proposed by the European Commission in the run-up to the Kyoto negotiations, did not advance further to date. Conversely, EU Kyoto commitments are to a very important extent implemented through the EU ETS carbon cap-and-trade system.

Another issue, to be contemplated, is that the PPP requires carbon pricing, which calls for coordination between Pigouvian taxes and carbon trading via the EU ETS as to avoid competitive distortions stemming from double charges or tax exemptions.

The EU ETS aims at creating a well functioning market for pollution permits. This is the right way to go provided a large enough share of emission allowances is allocated through an auction process and provided the yearly caps already defined in the revised EU ETS Directive are sufficiently low so as to keep the price of emission allowances high enough reflecting, as closely as possible, those emissions' environmental impact. One goal of competition policy is clearly to prevent attempts to manipulate prices, abuses of dominant positions and cartel agreements that will seriously distort the good functioning of the secondary markets for emissions allowances.

## REFERENCES

AGHION, Philippe, BLOOM, Nick, BLUNDELL, Richard, GRIFFITH, Rachel and Peter HOWITT

2005 Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, n.º 1, pp. 701-728.

BARRETT, Scott

2003 *Environment & Statecraft - The Strategy of Environmental Treaty-Making*. 1st ed., Oxford: Oxford University Press.

2006 «Climate Treaties and 'Breakthrough' Technologies», *American Economic Review*, vol. 96, n.º 2, pp. 22-25.

BAUMOL, William & OATES, Wallace

1971 «The use of standards and prices for the protection of the environment», in *Swedish Journal of Economics*, vol. 73, pp.42-54.

CORDONNIER SEGGER, Marie-Claire

2003 "Sustainable Development Implications of Competition Law and Policy", IISD WTO Policy Briefing Paper Series, Geneva/Winnipeg: IISD.

DALES, John H.

1968 *Pollution, Property and Prices: An Essay in Policy-making and Economics*, 1st ed., Toronto: The University of Toronto Press.

EUROPEAN COMMISSION

2003 Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council amending Directive 2003/87/EC, 2008/0013(COD).

2007 «*A single market for 21<sup>st</sup> century Europe*», Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2007) 724 final, 20.11.2007, Brussels.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Case C – 379/98 *Preussen Elektra AG vs. Schleswag AG* [2002], ECR I-2099, para. 73, 13 March 2001.

GEHRING, Markus

2006 “Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 15, n.º 2, pp. 172-184.

GERADIN, Damien

2002 “EC Competition and Environmental Protection”, in *European Law Book of Environmental Law*, vol. 2, Oxford: Oxford University Press, pp. 118-154.

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and Practice*, 1st ed., Cambridge: Cambridge University Press.

NORDHAUS, William

2006 “After Kyoto: Alternative Mechanisms to Control Global Warming”, *American Economic Review*, vol. 96, n.º 2., pp. 31-34.

NORDIC COMPETITION AUTHORITIES

2010 “*Competition Policy and Green Growth: Interactions and Challenges*”, Report no. 1/2010, October.

OECD

1996 “*Roundtable on Competition Policy and the Environment*”, Committee on Competition Law and Policy, Paris: OECD.

2006 «*Environmental Regulation and Competition*», Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2006)30, Paris: OECD.

PEARCE, David & TURNER, R. Kerry

1990 *Economics of Natural Resources and the Environment*. Harvester Wheatsheaf.

PERROT, Anne

2006 “Links between the environment and competition policy: The contribution of the industrial economy”, in OECD (2006), *Environmental Regulation and Competition*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2006)30.



# CLIMATE CHANGE AND ENVIRONMENTAL POLICIES IN THE EUROPEAN ELECTRICITY SECTOR

*Giulio Federico*<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** One of the greatest challenges faced by the European electricity sector at present, and the foreseeable future, is the need to meet stringent environmental objectives designed to mitigate the risk of costly climate change. This article surveys the main elements of the economics of climate change, with specific attention on the European power sector. It also reviews current and announced European environmental policies in the electricity sector. In order to meet environmental objectives in the most-cost efficient way, this article suggests that greater emphasis should be placed on the carbon pricing and trading and on the technology-neutral promotion of low-carbon sources of power, and less on separate renewable electricity targets.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The economics of climate change. 2.1. Climate change and the timing of reductions in greenhouse gas emissions. 2.1.1. Implications for GHG Emission Profiles. 2.1.2. The costs and benefits of action on climate change. 2.2. Economic mechanisms for reducing carbon emissions. 2.2.1. Carbon pricing. 2.2.2. Technology policy and renewable support. 2.2.3. International public good considerations. 2.3. The economics of electricity markets in the presence of large amounts of low-carbon generation. 2.4. Interactions with other elements of energy policy. 3. Environmental policies in the E.U. energy sector: design and performance. 3.1. Phase I of E.U. environmental policy: 1990-2010. 3.1.1. The Kyoto targets on ghg emission reductions. 3.1.2. The emission trading system (ETS). 3.1.3. E.U. renewable targets for 2010. 3.2. Phase II of E.U. environmental policy: 2010-2020. 4. Conclusions: policy challenges for the European electricity market.

---

<sup>1</sup> Public-Private Sector Research Center, IESE Business School; and Charles River Associates. This article is based on an update of Chapters 7 and 8 of G. Federico (2010). I received helpful comments on the material in this article from Daniele Agostini, Juan José Alba Rios, Natalia Fabra, José Luis Moraga, Ignacio Pérez Arriaga, Xavier Vives and Nils-Henrik von der Fehr. I also thank Luisa Fernanda Gutiérrez for excellent research assistance. I am grateful for support from the Spanish Ministry of Science and Innovation under project ECO2008-05155 at the Public-Private Sector Research Center at IESE.

## 1. INTRODUCTION

The need to mitigate the risks associated with climate change is arguably the greatest policy challenge faced by the European energy sector at present. The European Union has committed to fairly ambitious environmental targets for 2020 (especially in terms of renewable deployment), which are expected to need to be even more stringent for the period beyond 2020. These targets are likely to require, over time, a profound transformation of the power sector in particular, with significant and continued growth of renewable energy and the need to consider and promote alternative sources of low-carbon generation (most notably, nuclear power and thermal plants based on carbon capture and storage (CCS)<sup>2</sup>).

Whilst over the past two decades the main imperative pursued by E.U. energy policy has been arguably the drive towards more competition in the wholesale and retail energy markets, the next decades are likely to be dominated instead by the need to design and implement effective policies to tackle climate change.

This article surveys the main environmental issues that are currently facing the European energy sector, with a particular focus on the power sector, and their policy implications. The emphasis on the electricity sector is justified by the fact that it accounts for a large share of total greenhouse gas (GHG) emissions at present and because it has significant decarbonisation potential due to the possibility of large-scale deployment of low-carbon technologies. The power industry is therefore set to acquire a critical role in the process of reducing GHG emissions in other sectors as well (e.g. transport and residential heating).

The article starts by reviewing the basic economics of climate change, both in terms of the potential costs and benefit of action to address global warming, and of the optimal design of policies aimed at limiting the stock of carbon emissions in the atmosphere. It then reviews the design and performance of E.U. environmental policy in the power sector to date. Finally, in the final section, the article discusses some of the key policy challenges associated with environmental policy in the European and energy sectors over the medium term, given the current policy objective of drastically curtailing carbon emissions by 2050.

---

<sup>2</sup> CCS technology allows thermal plants (both coal- and gas-fired) to capture, transport and store underground most of their CO<sub>2</sub> emissions, thus reducing their emission rate into the atmosphere by roughly 80%.

## 2. THE ECONOMICS OF CLIMATE CHANGE

The economics of climate change and related policies is complex. This is due to the interactions between the predictions of climate change science, the presence of multiple market failures associated with carbon emissions and low-carbon technologies, and the structural complexities of energy markets (most notably in the power sector).

The review of the fundamental economics of climate change presented in this first substantive section focuses in turn on:

- i. The scientific evidence on global warming and the implications for the cost-benefit analysis of action towards climate change.
- ii. The main market failures associated with climate change and the required policies to address such failures.
- iii. The implications for the power sector of a greater share of low-carbon generation (most notably renewable).
- iv. The interaction between environmental policies and other key energy policies pursued in Europe (i.e. energy security, and more effective regulation and competition).

### 2.1. Climate change and the timing of reductions in greenhouse gas emissions

There is currently a fairly widespread consensus among European policymakers on the need to decisively reduce GHG emissions<sup>3</sup> over the next couple of decades in order to prevent the risk of excessive global warming. This is reflected in current E.U. environmental policy (reviewed below). It is also testified more broadly by the outcome of the Copenhagen meeting on climate change of December 2009 (i.e. the Copenhagen Accord), where world leaders agreed on the need for deep cuts in global emissions so as to hold the increase in global temperature below 2 degrees Celsius (even though they failed to agree on precise commitments to reduce emissions).

The current scientific evidence, as summarised in the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) of 2007<sup>4</sup>, is that the global stock of GHG needs to stabilise at roughly 445-490 parts per million (ppm) of CO<sub>2</sub>-equivalent (CO<sub>2</sub>-eq.) in order to contain the increase in global mean temperatures above pre-industrial levels to 2-2.4 degrees Celsius. The IPCC

---

3 Given that most GHG emissions are due to CO<sub>2</sub> emissions, the terms GHG and CO<sub>2</sub> (or carbon) emissions are used interchangeably in this article.

4 We consider the summarised analysis in the IPCC 2007 report to be the starting point of our review in terms of the factual evidence on climate change.

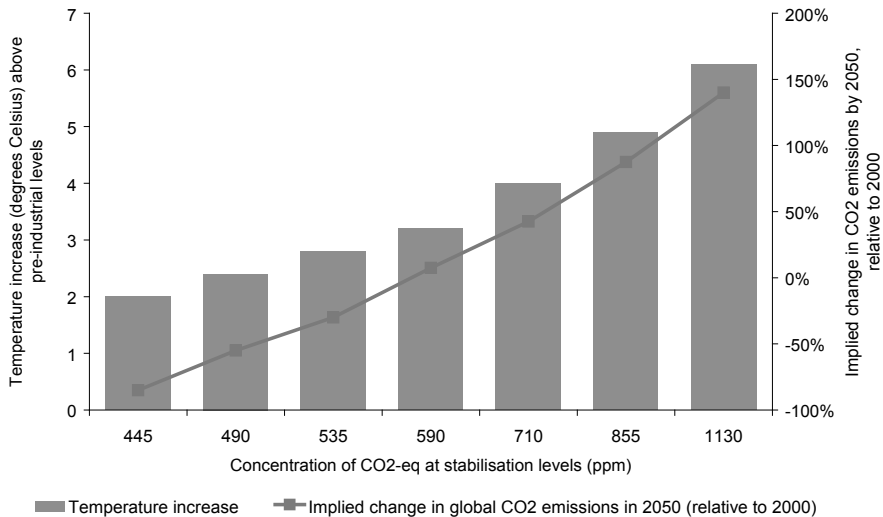
also reports that the global stock of CO<sub>2</sub>-eq. stood at 375 ppm in 2005, well above pre-industrial levels as a result of human activities.

Temperature increases in excess of the 2-2.4 degrees Celsius range reported by the IPCC are likely to be associated with dangerous and costly global warming. Under a business-as-usual (BAU) scenario, the stock of emissions will reach a level of 1,000 ppm during the next century according to the IEA (2009), thus implying a global temperature rise of up to 6 degrees Celsius with potentially very damaging consequences for human activity.

### 2.1.1. *Implications for GHG Emission Profiles*

Stabilising the stock of emissions at 445-490 ppm of CO<sub>2</sub>-eq. requires global emissions to peak by around 2015 and to be reduced by 50% to 85% by 2050, relative to 2000 levels, according to the estimates contained in IPCC, 2007. If emissions are stabilised at 450 ppm there is approximately a 50% chance that temperatures will not increase above the threshold of 2 degrees Celsius (DECC,2009a). Less incisive action on GHG emission would be associated with significantly higher temperature increases according to the IPCC estimates, as shown in Figure 1 below.

FIGURE 1: Relationship between CO<sub>2</sub>-eq. concentration levels, temperature increase and 2050 emission levels



Source: IPCC (2007).



More recent calculations presented by McKinsey, 2009 show that by 2030 global GHG emissions could fall by 35% compared to 1990 (if appropriate policies are implemented) and that this reduction could make it reasonably possible to contain the increase in temperature within the threshold of 2 degrees Celsius. McKinsey, 2009 also reports that a delay in taking abatement actions (e.g. until the next decade) would make it practically impossible to prevent global warming in excess of 2 degrees Celsius.

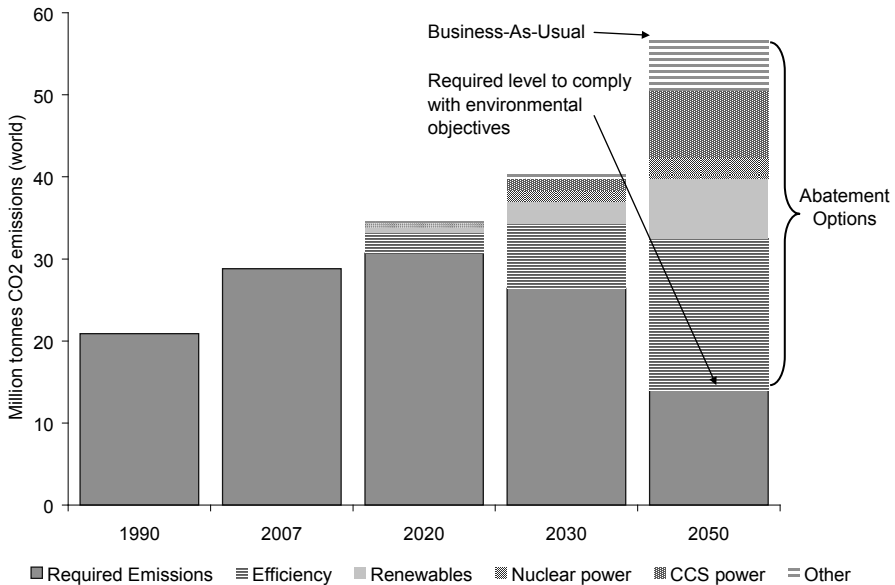
Similarly, the IEA, 2010a argues that the decade between 2010 and 2020 is critical in order to achieve the required reduction of at least 50% of global emissions by 2050. For this to be feasible, global emissions need to peak by 2020 and decline steadily thereafter. Attempting this reduction later in time would need much sharper reductions in the flow of CO<sub>2</sub> emissions and significantly higher costs.

For Europe, the required reductions in energy-related CO<sub>2</sub> emissions are even sharper than for the world as a whole. In the scenario developed by the IEA (2010c) to stabilise the concentration of GHG at 450 ppm of CO<sub>2</sub>-eq., Europe's energy CO<sub>2</sub> emissions are required to fall by just over 20% by 2020 (relative to 1990), and by 45-55% by 2030/2035. The corresponding reductions in the power sector are sharper still, with the share of the electricity industry in total energy emissions more than halving between 2007 (when it stood at 37%) and 2030/2035 (when the corresponding share is required to be cut to 13-18%). This implies that emissions in the European power sector would need to fall by over 70% by 2030, and more than 80% by 2035 (relative to 1990).

IEA projections indicate that a broad range of technologies will be needed to achieve the required reduction in emissions relative to a BAU scenario (see Figure 2). Over the next decade (by 2020), global abatement efforts can be fairly moderate and mainly focused on energy-efficiency measures (accounting for two thirds of required reductions), with a significant contribution also from renewable and nuclear power (30% of abatement in total). By 2030 and 2050 the role played by CCS generation is projected to have to increase considerably (accounting for almost 20% of abatement efforts by 2050, relative to 3% only by 2020), with renewable and nuclear power combined still playing a significant role (close to ¼ of the overall carbon reduction by 2050). By 2050 efficiency and end-use fuel switching measures are forecast to account for almost 60% of abatement measures. By that year, total emission-reduction efforts would need to cut emissions by

three quarters relative to a BAU scenario. These projections also imply that the cost of meeting environmental targets would increase substantially if only some technologies are relied upon to cut emissions.<sup>5</sup>

FIGURE 2: Global CO<sub>2</sub> emissions and distribution of abatement efforts by modality



Source: IEA (2009) and IEA (2010a).

### 2.1.2. *The costs and benefits of action on climate change*

The Stern Review commissioned by the U.K. government in 2006 was tasked with reviewing the economics of climate change (Stern, 2007). The Review focused its analysis on scenarios where GHG stabilised in the range of 450-550 ppm of CO<sub>2</sub>-eq. (slightly above those considered by the IPCC as compatible with an excessive increase in global warming).

The Stern Review estimated that the annual costs of stabilising emissions at 500-550 ppm would be around 1% of annual GDP by 2050 (on average),

<sup>5</sup> Macroeconomic simulations performed in the United Kingdom indicate that the total cost of achieving an 80% reduction in emissions by 2050 would almost double if only renewable generation were used to decarbonise the power sector versus an alternative policy of using nuclear and CCS technologies as well (see DECC (2009b)).

and found this level to be significant but “fully consistent with continued growth and development, in contrast with unabated climate change, which will eventually pose significant threats to growth” (Executive Summary, p. 13).<sup>6</sup>

The European Commission’s impact assessment of its climate change package of 2007 (which is described in the next section of this article) shows that investment in a low-carbon economy would cost 0.5% of total global GDP during the 2013-2030 period, thereby implying a reduction in global growth of roughly 0.2% per year up to 2020.<sup>7</sup> The IPCC 2007 report indicates a slightly lower reduction in annual growth rates by 2030 and 2050 (less than 0.12 percentage points) in order to stabilise GHG in the 445-535 ppm range. By contrast, the Stern Review computed that the cost of inaction on climate change would be on the order of 5%-20% of annual global GDP (on average in the future). These computations justified the Review’s conclusion that the “benefits of strong early action [on climate change] considerably outweigh the costs”.

Stern’s conclusions for early action on climate change are partially based on a consumption smoothing argument: it is better to suffer a constant small loss in consumption, rather than delay action and incur a much larger loss in the future. As noted by some economists (e.g. Nordhaus, 2007 and Weitzman, 2007), this argument supports the conclusion in the Stern Review if one weighs future consumption almost the same as current consumption, by assuming a fairly low social discount rate. Using higher rates weakens the case for early action. On the other hand, both Stern and Weitzman note that there is a risk that the consequence of global warming will be much worse than expected, with potentially catastrophic consequences. Climate change policy arguably should also seek to reduce the likelihood of this risk by effectively representing insurance against the possibility of very significant consumption losses (see, in particular, Weitzman, 2010). The uncertainty associated with the costs of climate change can therefore actually strengthen the case for early action to curb GHG emissions and provide support to current E.U. policy on this issue (provided that other countries also reduce their emissions so as to meet global environmental objectives).

---

6 More recent estimates contained in DECC, 2009b indicate a cost of 3% of global GDP by 2050 for a trajectory towards stabilisation at 450 ppm CO<sub>2</sub>-eq.

7 See European Commission, 2007.

## 2.2. Economic mechanisms for reducing carbon emissions

The scientific evidence and economic arguments reviewed above provide support for a policy aimed at curtailing carbon emissions rapidly over the 2020-2050 period in order to prevent an excessive increase in global temperatures. A separate policy question is *how* to optimally achieve the required reduction in GHG emissions. This question should be guided by the overall objective of minimising the cost of reducing carbon emissions. Cost-minimisation calls for the adoption of a set of policies that directly address the market failures associated with climate change and only intervene where market failures are present. It also suggests the need to design a technology- and sector-neutral approach to carbon abatement, implying that carbon reduction should take place in those sectors that have the lowest cost of reducing emissions, and that technologies should also be used that minimise abatement costs (over time).

### 2.2.1. Carbon Pricing

The fundamental market failure to be addressed by climate change policy is the externality associated with GHG emissions. This externality relates to the fact that emitters of GHG do not face the full social costs of emissions, which include their adverse impact on the environment (as measured by the risk of global warming associated with GHG emissions).

This market failure can be addressed by putting a price on GHG emissions to be borne by emitters or consumers. Standard economic theory indicates that this price should be set equal to the incremental cost of carbon abatement (so as to induce emitters to abate). The optimal amount of abatement to be targeted via carbon pricing is given by equalising the social marginal benefit of abatement (which is equivalent to the social damage from emissions) with its marginal cost.

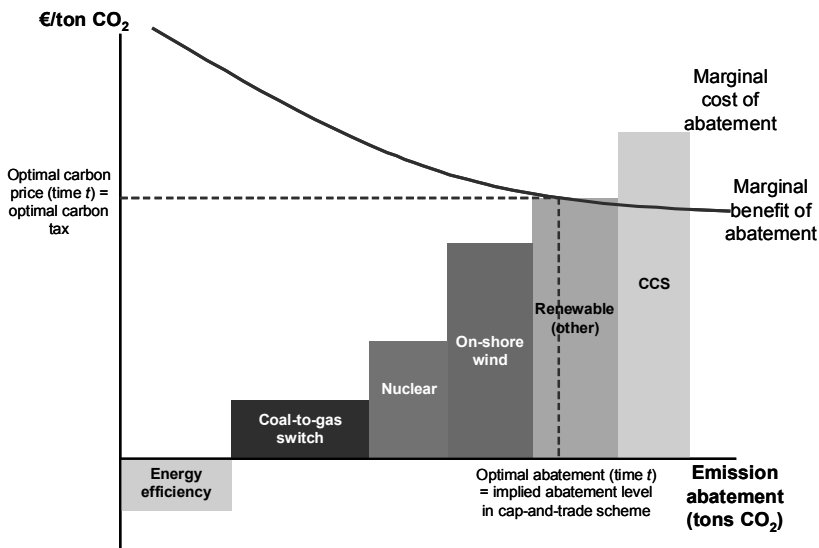
Figure 3 summarises the concept of optimal carbon pricing by showing a hypothetical “merit order” (or abatement cost curve) for emission abatement relative to a BAU counterfactual for the power sector only. This schedule stacks in increasing order each potential source of emission reductions starting from the lowest-cost options (in terms of € per tonne of avoided emission) to the more expensive ones. Abatement options are costed on the basis of their long-run incremental costs (which include the capital costs of deployment).

In the hypothetical example shown in Figure 3 (which is loosely based on McKinsey’s review of carbon abatement economics for the power sector

(McKinsey,2009<sup>8</sup>), the cheapest forms of abatement are energy efficiency efforts (which would be privately profitable even in the absence of carbon pricing), followed by switching existing electricity output from coal plants to less polluting gas-fired plants, new nuclear capacity, on-shore wind capacity, other types of renewable energy and CCS.

In the hypothetical example, in a given time period  $t$ , it is optimal to invest in all carbon-abatement options except CCS in order to reduce carbon emissions. The optimal carbon price would be set at the cost of the most expensive abatement option required, which in the example considered here is represented by renewable sources other than on-shore wind. The corresponding optimal carbon price will be reflected in electricity prices during hours when thermal power stations are price-setting, thus increasing the profitability of carbon-free baseload generators (e.g. nuclear and renewable), making them more competitive and stimulating entry (assuming that the latter is feasible).

FIGURE 3: Illustration of hypothetical abatement cost curve for the power sector and optimal carbon price



8 McKinsey,2009 shows that by 2030 the merit order of the main carbon-abatement options relative to BAU in the power sector will include (in increasing cost order): demand reduction, nuclear power, low-penetration wind, solar CPS and PV, and CCS (applied to both gas and coal).

Carbon pricing can be achieved using two basic mechanisms: a *cap-and-trade* (or quota) system; or a *carbon tax*.

- ***Cap-and-trade.*** Under cap-and-trade, a binding cap on emissions is set in any given period (or across multiple periods) and emission permits are allocated to emitters (either through an auction or via alternative mechanisms such as grandfathering) that allow them to subsequently trade with each other. Trading of permits between emitters will establish a price for carbon emissions that will in equilibrium equal the marginal cost of abatement at the emission quota.

Trading will also allow abatement to take place where it is most efficient, e.g. more emission-intensive producers (e.g. coal-generators) will face incentives to sell their permits to less emitting technologies (e.g. gas-fired generators), assuming that the emission cap binds. This is because less emitting generators are able to produce more electricity output for a given number of emission permits and a given level of relative fuel prices. They will therefore place a higher value on the permits than technologies with higher emission rates. This outcome can be achieved independently of whether permits are grandfathered or auctioned.<sup>9</sup>

Trading of emission permits also allows for an optimal distribution of abatement efforts across sectors and countries, as long as the cap-and-trade scheme includes multiple sectors and countries.

- ***A carbon tax.*** The alternative to a cap-and-trade system is a carbon tax, which directly sets the price of carbon. Emitters will take this tax into account in their pricing and output decisions. This will in turn discourage production from high carbon-emitters (e.g. coal plants) to the benefit of less emitting technologies and carbon-free sources. The abatement levels achieved with a carbon tax will equal the point where the tax crosses the marginal cost of abatement schedule, as illustrated in Figure 3.

If the positions of the marginal cost and benefit schedule are certain, then a carbon tax is equivalent to a cap-and-trade system in that both can achieve the optimal abatement effort. If there is uncertainty on the positions of the

---

<sup>9</sup> In an auction-based system, emission-intensive producers will not be able to afford to purchase emission permits at the price established in the auction, given their higher emission rates relative to cleaner producers. This will generate the same outcome of a situation where permits are grandfathered and trading subsequently takes place.

schedules, then the two systems are no longer equivalent. Economic theory (e.g. Weitzman, 1974) suggests in this case that if the marginal benefit of abatement is steep (relative to the marginal cost schedule), then a cap-and-trade system is superior to a carbon tax. Alternatively, if the marginal benefit schedule is flat (relative to marginal cost), a carbon tax is preferable. This economic result derives from the fact that, under conditions of uncertainty, the socially optimal outcome is unlikely to be achieved. However, the efficiency loss resulting from deviating from the optimal carbon price will be reduced by using a carbon tax (rather than a cap-and-trade mechanism) if the marginal cost schedule is steeper than the marginal benefit schedule. The reverse result holds with a steep marginal benefit schedule relative to marginal costs.

Some economists (e.g. Green, 2008 and Newbery, 2010a) have argued that in any given time period the marginal benefit of abatement is fairly flat, since the flow of emissions in a time period has a limited effect on the stock of emissions (which in turn determines global warming). This would support the use of a carbon tax over a quota-based system.

On the other hand, a cap-and-trade system can target emission reductions directly with lower informational requirements (Tirole, 2010). It also has several political economy advantages over carbon taxes (e.g. the ability to compensate emitters if necessary and to publicly commit to a given medium-term emission target). Over a long period of time, the design of both a carbon tax and a cap-and-trade system can be adjusted as more information on the costs and benefits of abatement become available, meaning that in practice the difference between the two systems in terms of their final outcomes may not be that great.

The other potential disadvantage of a cap-and-trade system over a carbon tax is that it can lead to fluctuations in the carbon price, making investments in long-lived low-carbon assets riskier (Baldursson & von der Fehr, 2004). Because of this feature, policy makers in the UK are advocating for a floor to be established on carbon prices for some technologies.<sup>10</sup> The aim of this measure would be to reduce the risk associated with long-lived investments

---

<sup>10</sup> See in particular, the UK Treasury in its Energy Market Assessment of March 2010 (U.K. Treasury, 2010a), and in its consultation document on the carbon price floor (U.K. Treasury, 2010b); the Committee on Climate Change in its June 2010 report (CCC, 2010); and the consultation document of the Department of Energy and Climate Change, on Electricity Market Reform (DECC, 2010).

in low-carbon generation (e.g. nuclear and CCS), whilst preserving some of the benefits of a cap-and-trade system.

Current prices under the European carbon trading scheme are well below €20/tonne CO<sub>2</sub>, as reviewed below. The U.K.'s Committee for Climate Change estimated that the carbon price in 2020 will be between €25 and €40/tonne, given the current European emission targets (CCC (2010)). Whilst there is uncertainty on the levels of carbon prices necessary to stimulate low-carbon investment, both current carbon prices and the forecast for 2020 are likely to be below the required levels.

For example, the IEA projects that carbon prices in OECD countries would need to reach levels of USD 50/tonne CO<sub>2</sub> by 2020 and USD 110/tonne CO<sub>2</sub> by 2030 to allow for the required abatement efforts (including investment in new nuclear, renewables, and CCS); see IEA (2009). Carbon pricing at these levels would make onshore wind and nuclear more competitive than fossil-fuel generation (CCGTs and coal) by 2020, and would also make CCS more competitive by 2030. At lower carbon prices (e.g. USD 30/tonne CO<sub>2</sub>), nuclear power is not commercially attractive relative to coal and gas-fired generation (using a return on capital of 10%) (IEA (2010b)).

Alternative modelling of cost-abatement options contained in McKinsey (2009) also indicates that carbon prices need to be significantly higher than current levels for new-build in coal CCS to be commercially feasible (in the range of €70 to €80/tonne CO<sub>2</sub> by 2015 and €30 to €45/tonne CO<sub>2</sub> by 2030, as a result of lower assumed capital costs for CCS plants due to assumed learning effects). To reach overall carbon-abatement targets (i.e. a worldwide reduction of 35% to 40% relative to 1990 by 2030), a global carbon price of just short of €60/tonne CO<sub>2</sub> would be necessary (also allowing for coal and gas CCS retrofit).

### *2.2.2. Technology policy and renewable support*

If the only market failure associated with climate change were the fact that GHG emitters do not internalise the social cost of emissions, then establishing a single carbon price would be sufficient to achieve the socially optimal outcome (with no uncertainty on the costs and benefits of abatement, as noted above). In particular, no specific support for some types of low-carbon technologies such as renewable energy would be required. If renewable sources were needed to efficiently achieve a given abatement level, then the carbon price would increase sufficiently so as to make renewable generators



competitive relative to fossil-fuel technologies (as in the cost of abatement curve shown in Figure 3).

Establishing a carbon price would in fact represent a technology-neutral form of achieving carbon abatement without favouring some options (e.g. renewable) at the expense of others (e.g. nuclear and CCS). Indeed, a specific support policy towards renewable energy (or any other form of low-carbon generation) damages the profitability of other forms of low-carbon investment by reducing the carbon price relative to a counterfactual with no support (assuming a fixed emissions target). The reduction in carbon prices is due to the fact that renewable support increases the supply of carbon-free energy for any given level of carbon prices (see Aldy & Pizer, 2009).

However, there may be additional market failures associated with immature forms of low-carbon technologies that warrant specific and complementary support measures. In particular, innovation in low-carbon sources by a given investor may generate spillover effects on other investors which imply that the original innovator cannot fully appropriate the return from the investment.<sup>11</sup> This spillover (or lack of full appropriability) would discourage the optimal level of R&D and/or deployment in the absence of government support (see, e.g., Hanemann, 2009). Moreover, some immature technologies (e.g. solar PV) display quite strong learning rates associated with R&D and/or deployment.<sup>12</sup> If investors cannot fully appropriate these learning effects, again, the optimal level of investment and deployment will not be achieved.

Technology policies in favour of renewable generation can therefore be used to complement the beneficial effects of carbon prices, thus providing an additional incentive for deployment. These policies can take the form of subsidies for R&D and/or deployment. Alternatively, forms of cooperation in renewable R&D between market operators could be encouraged (as long as the risk of collusion in the product market can be mitigated).

A dual environmental policy is required, given that there are two separate market failures to deal with: the direct environmental one and the innovation one. The optimal policy therefore requires a combination of both carbon

---

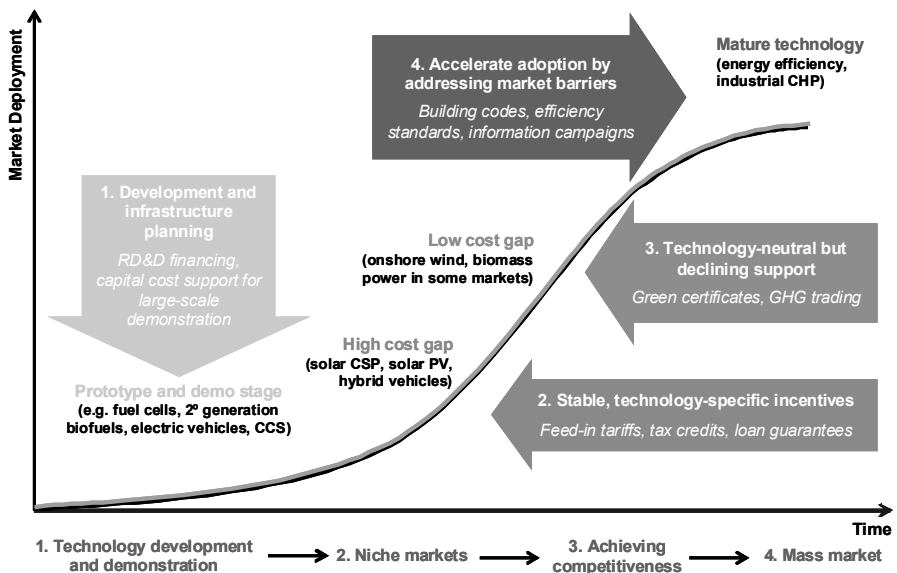
11 As noted in the Stern Review, “the knowledge gained from R&D is a public good; companies may underinvest in projects with a big social payoff if they fear they will be unable to capture the full benefits. Thus there are good economic reasons to promote new technology directly” (Stern, 2007, Executive Summary).

12 IEA, 2008 uses learning rates of 7% for onshore wind, 9% for offshore wind, 10% for concentrated solar power (CSP) and 18% for solar PV, based on input from technology experts. McKinsey, 2009 uses similar learning rates for renewable electricity.

pricing and technology policies. As formally shown by Acemoglu *et al.*, 2009 and discussed in Aghion *et al.*, 2009, using carbon prices alone will not be efficient and will raise the cost of action on climate change.

The presence of technology spillovers can, in principle, justify the adoption of both ‘push’ (i.e. R&D support) and ‘pull’ (i.e. deployment subsidies) policies in favour of some types of low-carbon production, such as immature renewable generation and CCS. Ultimately, when low-carbon technologies are more mature, carbon pricing may be sufficient to encourage the entry of low-carbon sources and a more technology-neutral policy can be adopted. Figure 4, from IEA (2010a), summarises the type of policies for supporting low-carbon technologies as a function of the market deployment and maturity of each technology.

FIGURE 4: Policies for supporting renewable technologies



Source: IEA (2010a).

In the absence of a precise quantification of the size and sources of the spillover effects, it is, however, hard to establish the optimal split between push and pull policies, and the socially desirable target for renewable deployment

overall.<sup>13</sup> The European Commission has committed to demanding renewable targets by 2020 (on top of a commitment to reduce carbon emissions). It is not clear, however, that technology spillover effects on their own can justify the level of these deployment targets (relative to the renewable deployment levels that would be achieved using carbon pricing alone).<sup>14</sup> As Newbery, 2010b argues, the required calculations for establishing the optimal level of renewable support are hard and the country-specific targets set by the Commission may be interpreted instead as a way of “avoiding the question, encouraging solidarity and ensuring fair and equitable burden sharing” (p. 3132).

### *The design of renewable support mechanisms*

An additional question in the design of renewable electricity support schemes relates to the issue of which mechanism to adopt to provide effective deployment subsidies. The main dichotomy that has emerged in European practice on this issue is one between tradable quotas (or green certificates) and feed-in tariffs.

Under the first mechanism, a quota is set on renewable energy as a percentage of electricity supplied. Suppliers are obliged to meet this quota by purchasing green certificates from renewable electricity generators. Renewable producers therefore receive the price of the green certificate in addition to the wholesale electricity price, thus encouraging their deployment. “Banding” (i.e. the allocation of higher amounts of green certificates for any unit of output by a specific technology) can be used to encourage the deployment of more expensive sources of renewable generation (e.g. solar PV). A positive feature of a tradable green certificate scheme is that it is market-based, and can avoid over-compensating renewable generation. A drawback is that it may lead to volatile prices for green certificates over time (as the cost of competing renewable technologies evolves). It may not also favour the adoption of immature technologies unless appropriate banding is implemented.

Under an alternative feed-in-tariff mechanism, a fixed price is set administratively for each renewable technology for a given time period. This price lies above the expected electricity wholesale price in order to encourage

---

13 Frontier Economics, 2009 finds that well-designed supply-push policies (e.g. R&D support) can lead to greater marginal impact on innovation than demand-pull policies.

14 For a general discussion of this issue, see Tirole, 2008.

of entry of renewable generators. The feed-in tariff can be established irrespective of the price of electricity or be set as a premium on top of the electricity price. In the case of a feed-in premium, minimum and maximum levels for the overall compensation received can also be established, as is the case in Spain at present for some renewable technologies. The main benefit of feed-in tariffs over market-based mechanism is that they can provide greater investor certainty during the life of the investment. However, they carry the risk of over-compensating producers of renewable electricity if there is significant uncertainty on the cost of renewable generation and on learning effects over time (as the Spanish experience with solar subsidies discussed in Federico, 2010 demonstrates).

A hybrid mechanism between green certificates and feed-in tariffs is represented by renewable capacity tenders. Under this system, periodic tenders for renewable generation (potentially differentiating between technologies) can be organised in order to set the level of the fixed tariff (or market premium above wholesale prices) that is required to meet a particular renewable generation target for that period. The fixed tariff could apply for a long time period (e.g. 25 years). If a premium over the market price is established, this could be indexed to the carbon and/or electricity price in order to reduce market risk and the possibility of under- or over-compensating renewable generators. There is, however, limited international experience of successful auctions for renewable capacity. Rules would need to be carefully designed to ensure that investors deliver on the renewable capacity commitments agreed upon as part of these auctions and that participation costs are not too burdensome for smaller investors.

Table 1 summarises the advantages and disadvantages associated with green certificates and feed-in tariffs according to a December 2008 review by the Council of European Energy Regulators (CEER, 2008). An additional high-level difference between the two systems (not included in the CEER table) is that a green certificate system can provide more certainty that a given renewable objective will be met (provided that prices are allowed to reach their equilibrium levels), whilst a feed-in mechanism gives more certainty on the cost of a renewable support scheme (as long as adequate quantity limits are in place).

TABLE 1: Advantages and disadvantages of renewable support schemes according to CEER analysis

	Advantage	Disadvantage
<b>Quota obligation with tradeable green certificate</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Flexible and market-oriented;</li> <li>• Initiate technological developments and innovation;</li> <li>• Often more political acceptance; and</li> <li>• Easy to enlarge to other countries.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Higher insecurity for investors;</li> <li>• Volatile certificate prices; and</li> <li>• High transaction; and monitoring costs.</li> </ul>
<b>Feed-in tariff</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Very effective in increasing renewable energy;</li> <li>• Few regulatory and administrative costs;</li> <li>• Stable basic conditions; and</li> <li>• High investor certainty and planning reliability.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non-cost efficient;</li> <li>• Difficult to set correct fixed price or premium; and</li> <li>• Non-market oriented. However premiums are more so compared to fixed tariffs.</li> </ul>

Source: CEER (2008).

### *Additional potential reasons to support renewable generation*

There are other potential market imperfections associated with investment in renewable generation that may justify deployment support policies. These include security of supply issues and capital market imperfections.<sup>15</sup>

The first relates partially to the fact that renewable energy is a domestic source of energy and can therefore reduce dependence on foreign (and potentially unstable) sources of supply.<sup>16</sup> Given the public good features of security of supply, this consideration may provide further justification for

<sup>15</sup> Additional considerations which do not relate to energy-related market failures include the potential benefits associated with industrial policy and employment generation. These benefits should also be assessed in comparison with other competing uses of public funds.

<sup>16</sup> Additional security of supply considerations (relative to alternative forms of low-carbon generation, like CCS and nuclear) are that renewable sources can represent a long-term solution of energy consumption needs (unlike CCS, which requires sufficient carbon storage capacity over the medium to long term) and do not pose the type of safety and waste-management concerns associated with nuclear power.

a renewable support scheme (as an indirect way of limiting imports from potentially unstable suppliers).

On the other hand, the incremental security of supply benefit of renewable resources needs to be properly assessed relative to other forms of low-carbon generation which renewable energy may be crowding out over time (by lowering the carbon price). In particular, given that nuclear generation and coal-based CCS do not raise significant issues of external dependence (as both uranium and coal are easily available from a range of politically stable countries), the incremental security of supply benefits associated with renewable generation may be limited. In the short-term, however, renewable deployment may reduce dependence on foreign gas suppliers, which may improve external security of supply (especially if sufficient levels of domestic gas and electricity flexibility are available to mitigate the impact of the intermittency of renewable generation).

The second type of market imperfection relates to the riskiness of investment in low-carbon generation in the absence of a specific support scheme. Investments in low-carbon sources are particularly risky, since they are typically projects with high fixed costs and low variable costs, and whose market revenues are volatile due to fluctuations in input prices for thermal generators (i.e. oil, gas, coal and carbon). These investments lack the 'natural hedge' associated with thermal generators, whose marginal costs are correlated with electricity prices. Capital markets may therefore be unwilling to finance investments in low-carbon generation and prefer instead to fund more conventional generation projects. This may not represent a market failure as such, but it suggests that, in the short-term, markets may fail to deliver the levels of investments in low-carbon generation that are needed to achieve large reductions in emissions over the medium to long term. These considerations support the case for a floor on carbon prices (to apply to all investments in low-carbon technologies) or for long-term contracts (e.g. feed-in tariffs).

### *2.2.3. International public good considerations*

A third aspect of the market failures associated with climate change relates to the fact that GHG emission abatement is also an international public good. This means that if a country reduces its emissions, this benefits other countries too by reducing the risk of global warming. This can create standard free-riding incentives between countries in the absence of an international

decision-making mechanism and the risk of the under-provision of global abatement efforts relative to the optimal level. Similar issues can arise in relation to technology policy, since spillovers from renewable R&D and deployment are likely to arise across borders.

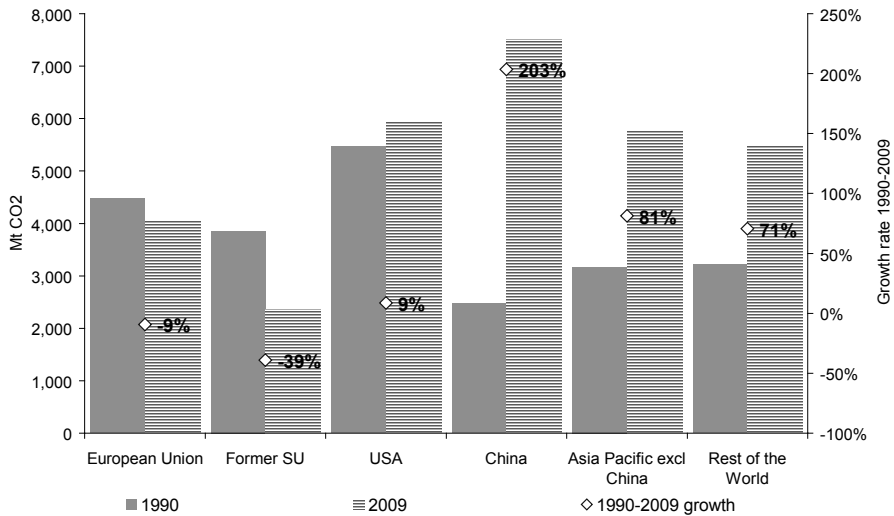
A way to solve these market failures is via international coordination and agreement on both emissions and renewable targets. At European level, this process of target setting and burden sharing by country has been relatively effective in the recent past and has allowed Europe to adopt a relatively stringent set of policies on climate change (reviewed below).

At the broader international level, the process of agreeing on emission cuts has been much more difficult, as shown (for example) by the failure to agree on binding targets at the United Nations summit in late 2009 in Copenhagen. This is partially due to the fact that the fastest growth in carbon emissions has been observed in developing and newly industrialised countries, which face a sharper trade-off between economic growth and decarbonisation than more developed economies.

Figure 5 summarises the overall levels of energy-related CO<sub>2</sub> emissions across the world in 1990 and 2009 and illustrates the fact the China is currently the world largest emitter and that the fastest increase in emissions was observed in developing countries over the 1990–2009 period (with only a moderate increase in the United States and a reduction in Europe). The data also show that the European Union only accounted for a modest share of total GHG emission in 2009 (13%). In the absence of an effective and binding global agreement on GHG reductions, current European efforts in this area will only have a limited impact on climate change and will therefore prove largely ineffective.<sup>17</sup>

---

17 If the global supply of fossil fuels is sufficiently inelastic, environmental policies in only some “green” countries may also not contribute significantly to reduce total GHG emissions due to price effects on fossil fuels and the resulting higher level of emissions in “non-green” countries (see CESifo, 2008: chapter 5).

FIGURE 5: International CO<sub>2</sub> emissions

Note: Emission data include only coal-, oil- and gas-related emissions, and are not comparable to national emission data.

Source: BP Statistical Review of World Energy, 2010.

### 2.3. The economics of electricity markets in the presence of large amounts of low-carbon generation

Electricity markets have a particularly prominent role in the implementation of environmental policy in the energy sector as a whole. This is partially because power generation is a particularly large emitter of CO<sub>2</sub> in that it accounts for over 40% of global energy-related CO<sub>2</sub> emissions, which is well in excess of any other sector (such as transport and industry). It is also because power generation has greater decarbonisation potential than other sectors, thanks to the potential large-scale deployment of renewable and CCS generation, and the presence of carbon-free sources such as nuclear. The power sector can therefore help decarbonise other industries, most notably transport (e.g. via the adoption of electric cars) and residential heating. The demand for electricity generation is therefore likely to rise as other sectors decarbonise by becoming more electricity-intensive, thereby increasing the importance of environmental policies adopted in the power sector.

Because of these considerations, it is projected that the power sector will need to decarbonise rapidly over the next few decades if climate change goals



are to be met. IEA (2010c) projects that, at E.U. level, the carbon intensity of generation needs to fall by more than 70%, from the current level of roughly 410 g CO<sub>2</sub>/kWh to less than 110 g CO<sub>2</sub>/kWh by 2030.

IEA (2010a) also forecasts that, by 2050, the electricity sector in OECD Europe will need to be almost decarbonised, with more than 50% of generation coming from renewable and most the remainder being sourced by nuclear and CCS. Over the next decade (i.e. by 2020), it is projected that the share of renewable in the European Union will need to increase to between 33% and 40% of total electricity consumption in order to meet the current E.U. target of overall renewable energy (which is set at 20% of final energy consumption).

The significant increase in low-carbon generation required over the short to medium term poses significant challenges for the power sector. This is so for two basic reasons. The first is that some types of low-carbon generation (in particular wind, solar PV and nuclear) have low variable costs and relatively high fixed costs.

An increase in the level of low-carbon and low variable cost capacity will therefore increase the number of hours in the year when this capacity is marginal (or price-setting). As a result, market prices will be very low (e.g. close to 0 and possibly below 0 if, for example, renewable generators actually face a positive opportunity cost from not producing due to the presence of output subsidies).

Thermal generators with positive variable costs will therefore need to recover their fixed investment and operational costs in a lower number of hours, thereby requiring higher prices in these hours. For this to be possible in a competitive market, the effective reserve margin at peak times (i.e. the difference between demand and available supply) will need to become lower over time, thus allowing peak generators to obtain higher margins when they produce. Alternatively, a separate capacity payment mechanism would be required to compensate thermal generators for at least part of their fixed costs.

In the absence of a sufficient capacity payment arrangement<sup>18</sup> (which would stimulate entry), the price duration curves<sup>19</sup> will therefore need to

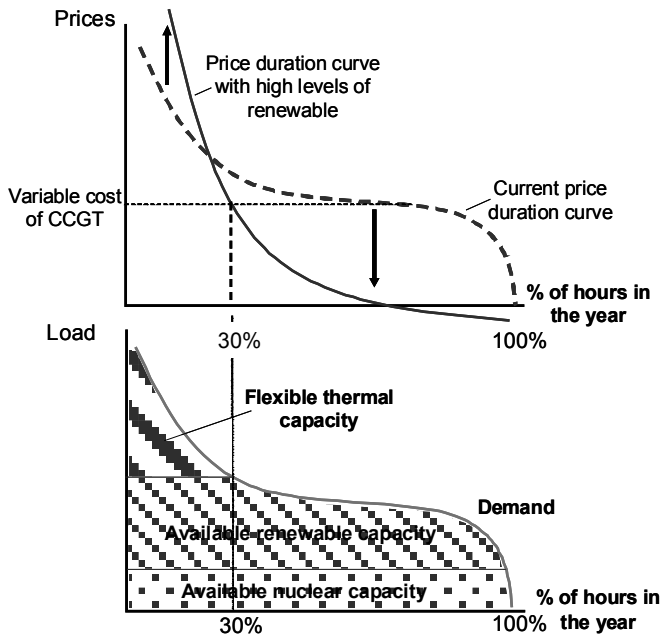
---

18 This could include direct capacity payments made to generators or long-term reserve contracts procured by the transmission system operator.

19 Price and load duration curves rank values from the highest (0% duration) to the lowest (100% duration) to describe the hourly profiles of prices/load over a given period (typically one year).

flip relative to current levels and become substantially peakier. As a result, thermal plants with positive variable costs will operate for a lower number of hours of the year. This process is illustrated in Figure 6, which plots a hypothetical price duration curve with higher levels of renewable generation in the top panel (compared to a price duration curve with less renewable capacity) and the corresponding load duration curve in the bottom panel. For simplicity, the figure assumes that flexible thermal generation is provided only by CCGT plants.

FIGURE 6: Implications of greater amount of renewable generation on electricity prices and load duration curves



The second reason why higher levels of low-carbon generation put pressure on electricity markets is that the most important and, at present, the most cost-effective component of renewable generation is on-shore wind. Wind is by its nature an intermittent source of generation, meaning that its output is not guaranteed and fluctuates with weather conditions. High levels of wind generation therefore require corresponding amounts of flexible thermal

capacity (typically, CCGTs) as back-up generation in order to maintain system security. A system with significant levels of back-up generation may, however, not allow prices to rise sufficiently during peak times, thus reducing the ability of investors in thermal generation to recover their fixed costs and in turn limiting their incentives to enter the market.<sup>20</sup>

Both of these issues are illustrated in simulations performed for the U.K. electricity market. These simulations indicate that in scenarios with significantly higher levels of wind capacity, peak prices in the United Kingdom would more than double by 2020 compared to current levels and could increase more than ten-fold by 2030 (see DECC, 2009b). Newbery, 2010b summarises the findings of a similar simulation for 2020, which indicates that, in order to meet the European renewable target, 56 GW of renewable capacity will be needed in the United Kingdom, as well as a similar amount of non-renewable capacity. The latter would largely operate in back-up mode and achieve a load factor of just over 30% (given a peak demand level of 63 GW). Ofgem, the U.K. regulator, also projects that CCGT load factors will have to fall below 30% by 2025 if renewable targets are to be met, compared to current levels in excess of 60% (Ofgem, 2009).

The overall challenge posed by integrating significantly higher amounts of low-carbon generation into electricity markets is therefore one of guaranteeing system security at the same time as providing the adequate incentives for entry by flexible generation. Investors in flexible thermal generation will need to have sufficient confidence that peak prices will be able to rise significantly during times when renewable output is low and/or demand is high. Given the likely uncertainty over whether future peak prices will be able to reach the required levels and the volatility associated with electricity prices due to the presence of intermittent generation, market forces alone might not be able to deliver the required levels of entry by thermal generation. These considerations exacerbate the 'missing money' problem that has been associated with electricity markets (especially in the presence of binding caps on spot prices) and provide further support for separate arrangements to remunerate capacity to supplement revenues from energy markets.

---

<sup>20</sup> This challenge can be partially addressed by improving the forecasting of intermittent renewable generation, and by more effective interconnection of electricity markets (which can diversify the volume risk associated with renewable power).

Given the complexities involved in determining the required level of incentives for entry by thermal generation, it is, however, unlikely that an administratively set capacity payment would be able to achieve a desirable generation mix and deliver the correct level of back-up flexible generation. A system of capacity tenders or long-term reserve contracts established by the transmission system operator is likely to be a superior system to attract investment in additional thermal capacity when required. Capacity tenders could also be used to encourage entry by low-carbon capacity (including renewable, nuclear and CCS).<sup>21</sup> Demand-side flexibility could also be procured using similar mechanisms.

The difficulty posed by an extensive use of capacity tenders is that the policy makers would be partially pre-determining the 'right' energy mix by specifying the levels of capacity of each technology being procured. This calls for adopting technology-neutral capacity payment mechanisms as far as possible. Moreover, to avoid over- or under-compensating generators (in particular those whose costs are not correlated to electricity prices, such as renewables and nuclear), indexation provisions could be introduced in the capacity payments established through the auctions. For example, these payments could be indexed to the carbon price so that, if the carbon price were to rise in the future, the additional payment from the tender would be reduced (reducing the incidence of windfall profits). Similarly, if the price were to drop, the capacity payment established would increase, thereby insulating the producer from price volatility.

Capacity mechanisms of the type described above would not address the issue of fixed-cost recovery for existing installed capacity. In a context where there is over-capacity of thermal plants, separate arrangements may need to be put in place to allow for the recovery of fixed (but not sunk) operational costs (e.g. fixed gas access charges and O&M costs) to avoid the risk of a premature exit of plants. This could mitigate the need to introduce higher capacity payments for new plants by preserving a sufficient reserve margin.

---

21 The adoption of capacity tenders for all generation capacity (including low-carbon generation and conventional thermal capacity) is one of the policy options considered by Ofgem, the U.K. regulator, in its review of options for delivering secure and sustainable energy supplies (Ofgem, 2010).

## 2.4. Interactions with other elements of energy policy

The final element of the economics of climate change reviewed in this section is the relationship between environmental policies in the energy sector and the other two core components of E.U. energy policy: security of supply and competition and liberalisation. The three policies interact in various ways: they are complementary in some respects, and create tradeoffs that need to be resolved in others.<sup>22</sup>

In the recent past, environmental policies and external security of supply have not been entirely mutually compatible due to the fact that gas was the most easily available source of relatively low-carbon generation (compared to coal), but it was largely sourced from external suppliers (e.g. Russia and Algeria). This potential conflict between the two policy objectives is set to diminish over time, given that, in order to meet increasingly ambitious emission targets, gas-fired generation will play a smaller role (at least in terms of overall output) and domestic resources (renewable, and to some extent nuclear) should become more prominent. Moreover, coal-based CCS would help mitigate external security of supply issues, since coal supply is more easily and widely available internationally than gas.

However (as discussed above), gas-fired generation will still be needed as a source of back-up generation, at least in the transition to an entirely decarbonised market. This means that gas contracts with foreign suppliers will need to become more flexible and that additional investments in domestic gas storage capacity will be needed.

Moreover, internal security of supply may be negatively affected by the higher share of renewable generation required to meet environmental objectives due to the intermittent nature of most renewable energy. This creates some tension between the two policy objectives that may need to be mitigated by devising appropriate capacity payment mechanisms and investing more in domestic flexibility (again, gas storage infrastructure, but also electricity-pumped storage capacity) and interconnection across Europe.

Competition policy and environmental policy should broadly be seen as complementary in many circumstances. This is because competition policy (and more effective regulation in general) aims to render energy markets more efficient and reduce the overall cost of the system. It therefore plays

---

<sup>22</sup> For a review of the interrelation between the various pillars of EU energy policy see Federico & Vives, 2010.

an important role in ensuring that the transformation towards a low-carbon market is achieved at the lowest possible cost. This is particularly so given that it is likely that pursuing the current European environmental objectives will increase total electricity costs significantly by increasing reliance on more expensive sources of generation. In a context of rising overall costs, keeping prices as close to variable cost as possible (which is one of the basic aims of competition policy) becomes even more important in order to reduce the impact of environmental policies on consumers. However, to the extent that environmental policies will lead to subsidies being paid out to specific technologies in addition to the wholesale market price, a wedge will be created between wholesale prices and actual wholesale costs. This wedge will tend to make competition policy in wholesale markets less effective in delivering beneficial outcomes for final consumers.

A separate consideration is that it will also be increasingly important not to necessarily conflate instances of high energy prices (e.g. during times of system stress) with the exercise of market power by energy firms. Energy prices will need to be able to respond to peak market conditions in order to provide the correct signals of economic scarcity and reward investment in infrastructure (e.g. new thermal generation capacity), which may only or primarily be required during peak periods. Competition policy and/or regulation will need to be applied carefully so as not to distort these market mechanisms. This consideration is actually likely to make it all the more important to have competitive markets in place (both in terms of vertical and horizontal structure) to give policy makers and consumers the confidence that the internal energy market is not distorted by the presence of operators with significant market power.

### **3. ENVIRONMENTAL POLICIES IN THE E.U. ENERGY SECTOR: DESIGN AND PERFORMANCE**

This section of the article reviews the fundamental elements of E.U. environmental policy and its performance to date (with a specific focus on Spain where appropriate). It does so by distinguishing between two basic periods: the one from 1990 to 2010, which corresponds roughly to the reference period of the Kyoto Protocol; and the period between 2010 and 2020, which represents the main reference period for the current environmental targets set at E.U. level.

### 3.1. Phase I of E.U. environmental policy: 1990-2010

During the 1990-2010 period, E.U. environmental policy was characterised by three main elements, which are reviewed below:

- i. A commitment under the Kyoto protocol to reduce GHG emissions by 8% during the 2008-2012 period relative to 1990.
- ii. The establishment of Europe-wide carbon pricing through a cap-and-trade mechanism known as the Emission Trading System (ETS) to facilitate the reduction in carbon emissions and encourage the entry and production of low-carbon technologies.
- iii. The adoption of a 12% target on the share of renewable energy in gross primary energy consumption by 2010, coupled with country-specific targets on the share of renewable generation in total electricity consumption by the same year.

#### 3.1.1. *The Kyoto targets on GHG emission reductions*

Under the Kyoto Protocol (initially adopted in 1997 and ratified by the European Union in 2002), the E.U.-15 countries committed to reduce their overall GHG emissions by 8% during the 5-year period between 2008 and 2012 relative to the 1990 base year. This commitment was met by a combination of a reduction in emissions and other mechanisms available under the Protocol.<sup>23</sup>

By the end of 2009, GHG emissions in the E.U.-15 were roughly 13% below the base level established under the Kyoto protocol and therefore well on track to meet the commitment (see Figure 7, left-hand panel). This performance was partially due to the economic crisis of 2009, which lowered E.U.-15 GHG emissions by almost 7% relative to 2008 (ETC/ACC, 2010). For the E.U.-27 as a whole, GHG emissions in 2009 were 17.3% lower than in 1990, largely due to the economic transformation of Eastern Europe over the period, the switch to gas-fired generation in some markets (most notably the United Kingdom) and the recent economic downturn.

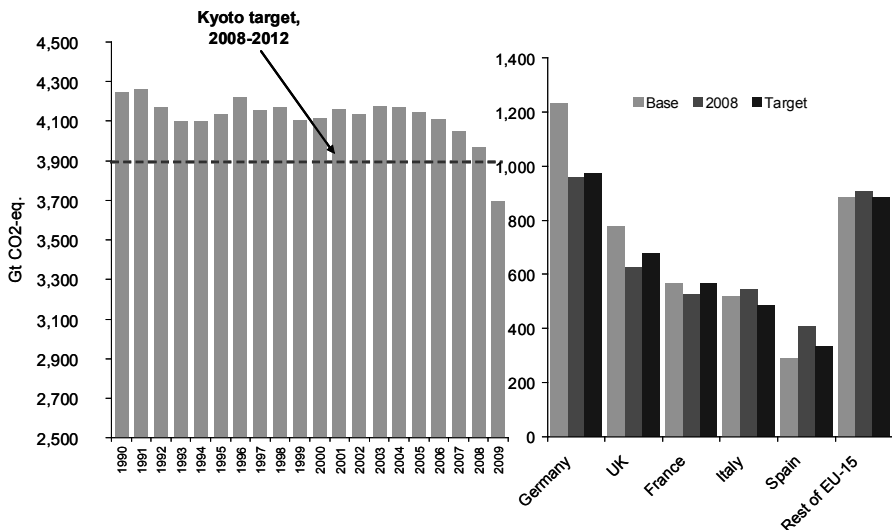
The overall reduction in E.U.-15 emissions masks the difference in performance across Member States. During the 1990-2008 period (for which complete country-specific data are available from the European

---

<sup>23</sup> These include the use of flexible mechanisms (e.g. acquisition of emission allowances from other parties to the Protocol, and project-based credits under the Clean Development Mechanism) and 'carbon sink removals' (e.g. through improved forest management).

Environment Agency), emission reductions in Germany and the United Kingdom alone (approximately 430 million tonnes (Gt) of CO<sub>2</sub>-eq.) more than explained the overall reduction experienced at E.U.-15 level (-295 Gt), and compensated for the increases observed in Spain (116 Gt), Italy (25 Gt) and the rest of the E.U.-15 (24 Gt) (EEA, 2010). These figures are shown in the right-hand panel of Figure 7.

FIGURE 7: European performance under the Kyoto targets, EU-15, 1990-2009 (million tonnes of CO<sub>2</sub>-eq.)



Source: EEA; ETC/ACC; Ministerio de Medio Ambiente.

The European Environment Agency projected during 2009 that E.U.-15 could outperform the Kyoto target by between 0.5% and 5% of base year emissions, depending on the mix of policies and the use of the Kyoto mechanisms being adopted (EEA (2009)). These projections were significantly affected by the economic crisis and the close to 7% reduction in E.U.-15 emissions experienced in 2009. This reduction will allow the E.U.-15 to meet its Kyoto Protocol targets more easily, but is likely to represent a largely one-off decrease that cannot be easily extrapolated into the future.



### 3.1.2. *The Emission Trading System (ETS)*

The ETS established in Europe in 2005 represents one of the fundamental elements of European environmental policy. The ETS is a cap-and-trade scheme which establishes a price for CO<sub>2</sub> emissions within the European Union. It currently includes roughly 40% of total GHG emissions in Europe and close to 50% of its CO<sub>2</sub> emissions.

The ETS has so far included two phases: Phase I from 2005 until 2007; and Phase II, which is scheduled to run from 2008 until 2012 (inclusive). A third phase is scheduled for the 2013–2020 period. Under both of these initial phases, allowances have been allocated to the CO<sub>2</sub> emitters included in the scheme mostly for free, thus allowing them to trade these permits among themselves with the purpose of establishing a transparent and unique price for carbon (in line with the economic theory of carbon pricing reviewed above).

The emission target contained in Phase I of the ETS was in excess of actual emissions in 2005–2007 and therefore did not represent a constraint from an economic perspective (even though it was legally binding). This excess in allocations was due to difficulties in collecting adequate data on historical emissions, resulting in an over-estimate of past emissions and, therefore, an emissions target that was too high (relative to a business-as-usual benchmark). The over-allocation of permits, coupled with the lack of banking in Phases I and II, led to a collapse in the price of E.U. CO<sub>2</sub> allowances at the end of Phase I (see Figure 8). For Phase II, the target has been set at roughly 6.5% below 2005 levels to facilitate compliance with the Kyoto Protocol (European Commission, 2008a).

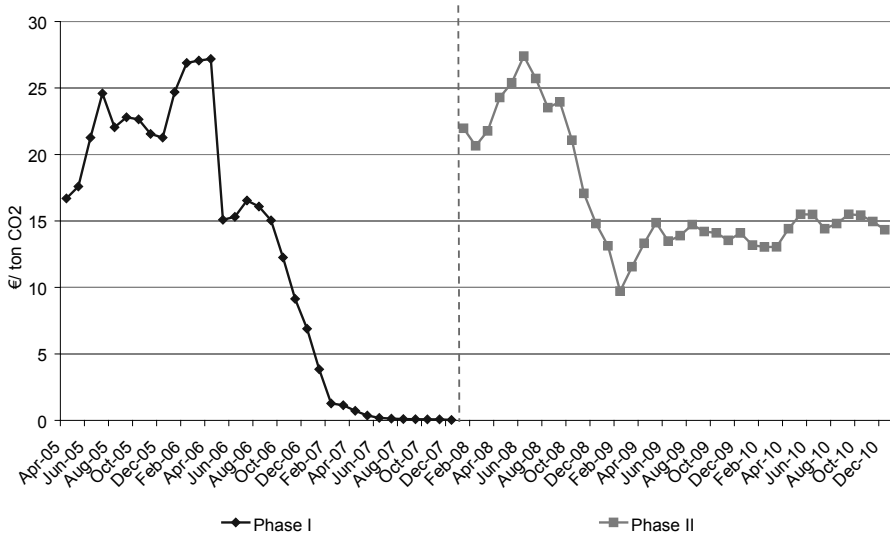
CO<sub>2</sub> prices under Phase I of the ETS fluctuated between maximum monthly levels of over €25/tonne CO<sub>2</sub> in early 2006 and effectively 0 for most of 2007. During Phase II, prices initially recovered to €20–€25/tonne CO<sub>2</sub>, but fell subsequently due to the impact of the economic downturn, and have stabilised at around €15/tonne CO<sub>2</sub> since mid-2009.

The creation of the ETS has established a transparent price for carbon across Europe and allowed for efficient carbon trading to take place. As such, it will be a key mechanism to facilitate efficient compliance with the European Union's current environmental targets during the 2010–2020 period.

However, the initial design of the ETS was flawed in some important respects. Most notably, over-allocation of permits in Phase I undermined the validity of the scheme in that phase and the price signal that it was able to deliver. Moreover, the free allocation of allowances to electricity generators

and other large emitters during the first two phases directly created large windfall profits during periods when CO<sub>2</sub> prices were positive. These profits arose from the fact the wholesale electricity price reflected the opportunity cost of the permits (as it should in a competitive market), but thermal generators did not actually bear the cost of purchasing the permits. This over-compensated producers for the introduction of carbon pricing and increased the effective costs faced by consumers due to the introduction of carbon pricing. The shift to full auctioning of permits in the power sector in most E.U. countries from 2013 onwards (reviewed below) will reverse this effect (for thermal generators) and will imply that some emitters (coal plants in particular) will become net losers from the existence of the ETS.

FIGURE 8: CO<sub>2</sub> prices under the ETS, April 2005-December 2010



Source: ECX/SENDECO<sub>2</sub>.

Note: Prices shown are monthly forward prices for delivery in December of each year.

### 3.1.3. E.U. renewable targets for 2010

In addition to the introduction of carbon pricing in 2005, the European Union also pursued a specific policy in favour of renewable sources of energy. This was initiated in 1997 with the publication of the White Paper on Renewable Sources of Energy (European Commission (1997)). In this

paper, the European Commission established a strategy aimed at achieving a share of renewable energy sources in gross inland consumption of 12% by 2010 for the European Union as a whole. Gross inland energy consumption includes the consumption of all energy sources, including oil, solid fuels (such as coal), natural gas, nuclear and renewable sources. It is therefore a broader measure than just electricity consumption (which in turn relies on the primary energy sources that form part of overall energy consumption). The 12% target implied more than doubling the contribution of renewable energy relative to 1995 (when the E.U. share stood at 5.3%, as reported in the 1997 White Paper).

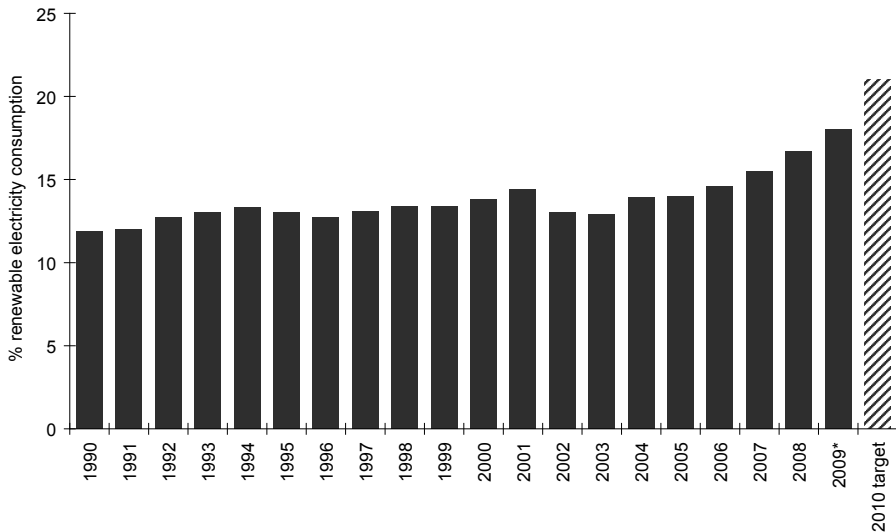
In September 2001 the European Commission established further renewable targets specific only to electricity in a directive on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity (Directive 2001/77/EC). This directive contained indicative targets for each Member State on the proportion of gross national electricity consumption to be sourced from renewable sources by 2010. These electricity targets were set in order to comply with the overall target of 12% of energy consumption contained in the White Paper, thereby implying the need for over 20% of renewable electricity consumption across the E.U.-27 by 2010.

The targets contained in the 2001 Directive varied across countries to take into account differences in the starting levels of renewable electricity in each Member State, ranging from a share of 10% or less in Belgium, Hungary, the Netherlands and the United Kingdom, to roughly 30% or more in Austria, Finland, Spain and Sweden.

The performance of the European Union as a whole with respect to the overall renewable electricity targets is summarised in Figure 9.

The European Union as a whole achieved a 16.7% share of renewable generation in 2008 (up from 12% in 1990). Preliminary estimates for 2009 (based on Eurostat data) indicate that the corresponding share for 2009 increased to over 18%, which, however, remained short of the target of 21% for 2010. Based on the European Commission review of January 2011 (European Commission, 2011), countries that performed well relative to their renewable electricity targets include Germany and Hungary (which have already met their 2010 target), and also Belgium, Denmark, Ireland, the Netherlands and Sweden. Spain too appears to have met its renewable electricity target during 2010. Based on its January 2011 review, the European Commission does not expect its overall 2010 target to be met.

FIGURE 9: Share of total renewable generation and wind generation in gross electricity consumption, 1990-2009



\* 2009 data estimated on a preliminary basis using Eurostat's provisional electricity statistics for 2009.

Source: Eurostat.

Different renewable support schemes have been employed across the European Union to subsidise renewable generation and encourage the achievement of E.U. targets. As reviewed by Lorenzoni, 2010, the majority of E.U.-15 countries (11 out of 15) have adopted either a feed-in tariff mechanism and/or a premium tariff system (whereby the renewable subsidy is paid on top of market prices). Only four E.U.-15 countries (Belgium, Finland, Sweden and the United Kingdom) have relied primarily on alternative systems such as green certificates and fiscal incentives to promote renewable generation. The European Commission reviewed the relative performance of different renewable support schemes in 2008 (European Commission, 2008b). It found that feed-in tariffs had been more successful than green certificates in promoting deployment of renewable generation and did so at a lower cost in the year that was analysed (2006).

### 3.2. Phase II of E.U. environmental policy: 2010-2020

European climate change policy has been substantially revised and made more stringent for the period after 2010. The overarching principles for this

revision were contained in the Commission's climate and energy package approved by the European Union in 2008. This package includes three key targets:

- i. Reducing total E.U.-27 GHG emissions by 20% by 2020 (relative to 1990 levels) with a further commitment to implement a 30% reduction in the context of a successful international negotiation on global emission cuts.
- ii. Reaching a 20% level in the use of renewable sources in gross final energy consumption by 2020 (up from a level of just over 10% in 2008). This target implies achieving a percentage of renewable electricity of between roughly 33% and 40%, depending on the country.
- iii. Reducing primary energy consumption by 20% of projected 2020 levels by improving efficiency.

The climate and energy package was followed by two specific directives in April 2009 aimed at implementing the Commission's targets:

- **The ETS Directive (2009/29/EC).** This directive establishes that emission allowances set in the ETS will be reduced by 21% below their 2005 levels by 2020 (in excess of the required reduction in overall GHG emissions during the same period). This change will be implemented from 2013 onwards (Phase III) with full auctioning of permits for the power sector in most Member States and a gradual phasing out of free allowances for other sectors under the ETS. The ETS is also set to be expanded in 2013 to also include the aviation sector.
- **The Renewable Energy Directive (2009/28/EC).** Under this directive, the 20% target of renewable energy sources by 2010 contained in the climate and energy package was translated into specific binding targets for each Member State. The target for Spain was set at 20%, which is therefore in line with the average level to be achieved across the European Union.

The new climate package broadly follows the same architecture of previous E.U. environmental policies, but with more stringent targets and a substantial revision to the ETS. The 20% reduction in emissions by 2020 implies an acceleration of carbon-cutting efforts relative to those observed during the 1990-2008 period (when E.U.-27 emissions fell by 11% over a longer time

period and in part due to the one-off economic restructuring of Central and Eastern Europe). On the other hand, the economic downturn of 2009 contributed to a situation where current GHG emissions are already 17% below 1990 levels, thus implying that the 20% reduction is likely to be easier to achieve than was originally anticipated.

The 21% reduction in CO<sub>2</sub> allowances under the ETS by 2020 (relative to 2005) also represents a significantly faster reduction than the 6.5% cut implemented in the first two phases of the scheme (between 2005 and 2012). However, the mechanics of the ETS (coupled with the economic downturn of 2009) is likely to soften the impact of the reduction in emission permits. In particular, as shown by the IEA (2009), the surplus of CO<sub>2</sub> allowances that is likely to arise during Phase II of the ETS due to the recession can be ‘banked’ into Phase III, thereby allowing countries to emit more than the Phase III cap would suggest. The IEA estimates that, by the end of Phase III of the ETS in 2020, emission levels may actually be at levels similar to 2008, mainly due to reliance on the banking of credits. The absence of a reduction in emissions by 2020 would make it harder (and costlier) for the European Union to achieve the required cuts in carbon emissions for subsequent periods (e.g. by 2030). This mechanism also risks depressing carbon pricing up to 2020 and discouraging investment in low-carbon technologies.

Because of these potential concerns, in May 2010 the Commission analysed a unilateral move to increase its commitment to reduce GHG emissions to 30% by 2020, up from the current targeted reduction of 20% (European Commission, 2010b). According to the Commission’s analysis, the economic crisis of 2009 lowered the cost of achieving the original 20% target and also rendered that target less incisive in driving forward the required structural changes.

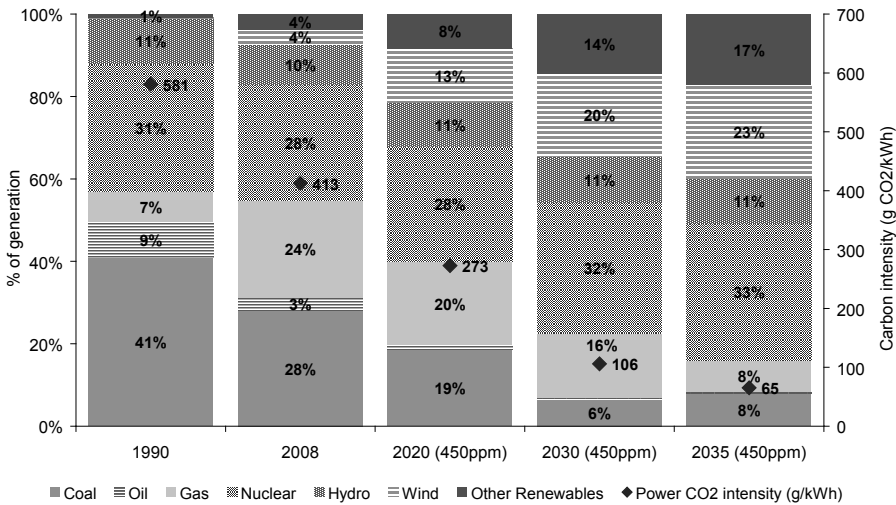
A more stringent 2020 target would also be in line with the IEA analysis for Europe in its “450 ppm scenario”, which is compatible with objectives on climate change mitigation (see IEA, 2010c). This scenario suggests the need for an overall reduction in CO<sub>2</sub> emissions in excess of 20% by 2020, relative to 1990 (without however allowing for banking of excess allowances across phases of the ETS). These projections also indicate the need for a reduction of 33% in emissions from the power sector relative to 2007 (well in excess of the reduction in ETS allowances of 21% over roughly the same period).

In terms of the required electricity mix (see Figure 10), the IEA suggests that by 2020 over 30% of electricity should come from renewable sources,

roughly in line with the target in the 2009 Renewable Energy Directive. This analysis indicates that, if the European emission targets for 2020 are to be tightened, this probably should not be implemented by further increasing the share of renewable energy.

The IEA projections for 2020 also indicate the need for a stable share of nuclear output by 2020 (relative to 2008) and an increase by 2030–2035. Given the expected increase in electricity demand (13% in 2035 relative to 2008), this will require new nuclear plants to replace decommissioned plants and allow for some net growth in nuclear generation (roughly 33% relative to current levels, by 2035). By contrast, the share of coal- and gas-fired generation needs to reduce drastically by 2030–2035, relative to current levels. The share of coal is projected to start picking up from 2035, as CCS technology is introduced.

FIGURE 10: Electricity generation mix, IEA scenarios for 2020, 2030 and 2035 (E.U.)



Source: IEA, 2010c.

Finally, in terms of revised ETS design in Phase III, the move to full auctioning for the power sector and an increase in auctioning overall is a positive adjustment to the scheme. It will prevent windfall gains being generated for carbon emitters (but not for non-emitters) at the same time as it creates a pool of resources that can be used to finance emission-reducing

activities (e.g. CCS demonstration projects, as is the case under the ETS Directive, and renewable technology policy). The introduction of banking across Phase II and Phase III will also improve the efficiency of the price signal provided by the ETS.

#### **4. CONCLUSIONS: POLICY CHALLENGES FOR THE EUROPEAN ELECTRICITY MARKET**

Meeting the environmental objectives set by international policy makers, as embodied in the Copenhagen Accord of late 2009, will require a paradigm shift in energy markets over the next 20 to 40 years (assuming that an effective international agreement can be reached on these issues). Over this time horizon, developed countries will need to achieve deep cuts in GHG emissions to comply with the environmental targets and reach a reduction of at least 80% by 2050 relative to 1990 (European Commission, 2010b). The power sector in particular will also have to virtually decarbonise over this period, given the greater potential for the use of low- or zero-carbon technologies in this sector (renewables, nuclear and CCS), and the ability of the electricity industry to reduce emissions in other sectors (e.g. transport and heating). Projections indicate that carbon emissions in the European power sector will need to be reduced by roughly 75% by 2030 (relative to 1990) with the industry being almost completely de-carbonised by 2050. More than half of electricity will need to come from renewable sources by 2050, with the rest split between nuclear and CCS (IEA, 2010a).

The required changes in the European energy industry are likely to increase costs significantly as more environmentally friendly but also more costly technologies are used. Carbon prices are likely to increase over the future (thus raising the cost of fossil-fuel technologies) and so will the cost associated with renewable subsidies as targets become more ambitious. The overarching policy challenge should be one of achieving the required transformation towards a low-carbon economy at the lowest possible cost for society. For this to be possible, government interventions in the sector should be aimed at directly addressing the main sources of market failures.

In particular, this means that carbon pricing should represent the main economic instrument used to contain carbon emissions and achieve the required targets in a socially optimal way. This would ensure that a technology-neutral approach is adopted and that the most cost-efficient low-carbon technologies are utilised to reduce emissions. However, political and



distributional considerations indicate that it is unlikely that carbon prices will reach the levels required to induce efficient abatement efforts, which implies that second-best solutions may have to be accepted.

The presence of additional market failures, such as technology spillovers, can justify the adoption of supplementary policies, like R&D and possibly also deployment support to renewables. However, when such policies are designed and reviewed, it needs to be clear which specific market failure is being corrected through government intervention. In particular, renewable support policies should *not* be justified in terms of the environmental externality associated with climate change, since this externality should be mainly addressed via carbon pricing for the reasons discussed above. Moreover, deployment support to renewable generation may actually reduce the effectiveness of carbon pricing in stimulating the entry of other forms of low-carbon generation by reducing the market price of CO<sub>2</sub>. Careful thought should be given to these issues when revising and updating the current European renewable targets.

Once the main market failures are internalised via public policies (e.g. carbon pricing and renewable support), market tools should be relied upon to maximise the efficiency of the energy sector in the transition to decarbonisation. This calls for such measures as the introduction of carefully designed auction-based procedures to set renewable subsidies and a gradual move away from administratively determined feed-in tariffs. Capacity tenders could also be used to attract the required levels of flexible thermal generation if price signals from the energy market are perceived to be too unreliable to guarantee security of supply.

Given the complexity of the required structural changes, it will be difficult to design policies to achieve maximum efficiency. It is very possible that the relative contribution of competing low-carbon technologies (renewables, CCS and nuclear) and their respective deployment path over time will not be optimised. In particular, in the medium term there is a risk of over-reliance on renewable generation in Europe, given the ambitious European targets set for 2020. Whilst renewable generation may eventually have to reach a high share of total consumption (e.g. 50% according to IEA projections for 2050), a 35%-40% target in 2020 represents an excessively steep deployment trajectory (based on the IEA's modelling of the timing and composition of efficient abatement efforts).

On the other hand, partially due to the economic crisis of 2009–2010, the European carbon emission targets for 2020 do not appear to be sufficiently ambitious (with 85% of the required reduction in GHG emissions having already been achieved in 2009). If the target is ratcheted up to a 30% reduction relative to 1990, it will be socially desirable to achieve the incremental reduction in emissions primarily by lowering the emission cap under the ETS (thus achieving a higher carbon price), rather than by further increasing the renewable target. This will encourage energy efficiency and also investment in alternative forms of low-carbon generation (nuclear and CCS). A significantly higher carbon price may, however, raise distributional issues that will need to be addressed, since it will increase the market price received by all energy sources (and not just the incremental low-carbon investments required to meet the more stringent environmental objectives).

## BIBLIOGRAPHY

- ACEMOGLU, D., AGHION P., BURZTYN, L. & D. HEMOUS  
2009 “The environment and directed technical change”, NBER Working Paper 15451.
- Aghion, P., HEMOUS, D. & VEUGELERS, R.  
2009 “No Green growth without innovation”, Bruegel policy brief, Issue 2009/07, November.
- ALDY, J. & PIZER, W.  
2009 “Issues in designing US Climate Change Policy”, *The Energy Journal*, 30(3).
- BALDURSSON, F. & VON DER FEHR, N.-H.  
2004 “Price volatility and risk exposure: on market-based environmental policy instruments”, *Journal of Environmental Economics and Management*, 48(1).
- CESIFO  
2008 *The EEAG Report on the European Economy 2008*.
- COMMITTEE ON CLIMATE CHANGE (CCC)  
2010 *Meeting carbon budgets – ensuring a low-carbon recovery*, June.
- COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS (CEER)  
2008 *Status review of renewable and energy efficiency support schemes in the EU*, December.
- DEPARTMENT OF ENERGY AND CLIMATE (DECC)  
2009a *Carbon valuation in UK Policy appraisal: a revised approach*, July.

- 2009b *Analytical Annex: the UK Low Carbon Transition Plan.*
- 2009c *Draft National Policy Statement for Nuclear Power Generation*, November.
- 2010 *Electricity Market Reform. Consultation Document*, December.

## EUROPEAN COMMISSION

- 1997 *Energy for the future: renewable sources of energy. White paper for a Community Strategy and Action Plan*, November.
- 2007 *Limiting Global Climate Change to 2 degrees Celsius. The way ahead for 2020 and beyond*, January.
- 2008a *Questions and Answers on the Revised EU Emission Trading System, Memo/08/796*, December.
- 2008b *The support of electricity from renewable energy sources*, January.
- 2008c *Energy sources, production costs and performance of technologies for power generation, heating and transport*, November.
- 2010a *Technical Annex to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Report on progress in creating the internal gas and electricity market*, March.
- 2010b *Analysis of Options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage*, May.
- 2011 *Recent progress in developing renewable energy sources and technical evaluation of the use of biofuels and other renewable fuels in transport in accordance with Article 3 of Directive 2001/77/EC and Article 4(2) of Directive 2003/30/EC*, January.

## EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA)

- 2009 *Greenhouse gas emission trends and projections in Europe 2009. Tracking progress towards Kyoto targets.*
- 2010 *Annual European Union greenhouse gas inventory 1990–2008 and inventory report 2010*, EEA Technical report, 6/2010.

## EUROPEAN TOPIC CENTRE ON AIR AND CLIMATE CHANGE (ETC/AAC)

- 2010 *Approximated EU GHG Inventory for the year 2009*, Technical Paper 2010/4, September.

## EUROSTAT

- 2010 *Statistical Aspects of the energy economy in 2009*, Statistics in focus, 43/2010

## FEDERICO, G. &amp; VIVES, X.

- 2010 “Políticas energéticas en la UE: seguridad de suministro, medio ambiente y competencia, *Cuadernos Económicos*, ICE, 79, June.

## FEDERICO, G.

2010 *The Spanish Gas and Electricity Sector: Regulation, Markets and Environmental Policies*, Reports of the Public-Private Sector Research Center, 5, IESE Business School.

FRONTIER ECONOMICS

2009 Alternative policies for promoting low carbon innovation, Report for the Department of Energy and Climate Change, July.

GREEN, R.,

2008 “Carbon tax or carbon permits: the impact on generators’ risk”, *The Energy Journal*, 29 (3), 2008.

HANEMANN, M.

2009 “The role of emissions trading in domestic climate change policy”, *Energy Journal*, 2009, 30 (Special Issue 2).

IEA

2008 *Energy Technology Perspectives 2008*.

2009 *World Energy Outlook 2009*.

2010a *Energy Technology Perspectives 2010: scenarios and strategies to 2050. Executive Summary*.

2010b *Projected costs of generating electricity, Executive Summary*.

2010c *World Energy Outlook 2010*.

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)

2007 *Climate Change 2007: Synthesis Report*.

LORENZONI, A.

2010 “The support schemes for the growth of renewable energy”, IEFE Working Paper No. 33, May.

McKINSEY AND CO.

2009 *Pathways to a Low-Carbon Economy. Version 2 of the Global Greenhouse Gas Abatement Cost Curve*.

NEWBERY, D.

2010a “Memorandum submitted to Environmental Audit Committee”, in Environmental Audit Committee, House of Commons, *The role of carbon markets in preventing dangerous climate change*.

2010b “Market design for a large share of wind power: Editorial”, *Energy Policy*, 38.

NORDHAUS, W.

2007 “A Review of the Stern Review on the Economics of Climate Change”, *Journal of Economic Literature*, XLV (September), 686-702.

OFGEM

2009 *Project Discovery, Energy Market Scenarios*, October.

2010 *Project Discovery, Options for delivering secure and sustainable energy supplies*, February.

STERN, N.

2007 *The Economics of climate change: The Stern Review*, Cambridge and New York: Cambridge University Press.

TIROLE, J.

2008 “Some Economics of Global Warming”, *Rivista di Politica Economica*, November-December.

2010 “Climate Change Policy: A New International Architecture”, presentation to The Economics of Energy Markets, conference held at the Toulouse School of Economics, January.

UK TREASURY

2010a *Energy Market Assessment*, March.

2010b *Carbon price floor: support and certainty for low-carbon investment*, December.

WEITZMAN, M.

1974 “Prices vs Quantities”, *Review of Economic Studies*, 41(4).

2007 “A Review of the Stern Review on the Economics of Climate Change”, *Journal of Economic Literature*, XLV (September), 703-724.

2010 “GHG Targets as Insurance Against Catastrophic Climate Damages”, working paper, Harvard University.



C&R

LEGISLAÇÃO

*Legislação Nacional*





# LEGISLAÇÃO NACIONAL

## Janeiro a Março de 2011

*elaborado por Nazaré da Costa Cabral*

### REGULAÇÃO

#### GERAL

##### **Lei n.º 6/2011, de 10 de Março**

Procede à terceira alteração à Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que «Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais».

#### BANCO DE PORTUGAL

##### **Portaria n.º 59/2011, de 31 de Janeiro**

Fixa o capital social das sociedades financeiras de microcrédito.

#### CMVM – COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

##### **Regulamento n.º 1/2011, de 30 de Março**

Comunicação de participações qualificadas e de designação de membros de órgãos de administração e fiscalização de Sociedades de Consultoria para Investimento e de Entidades Gestoras de Mercados, Sistemas e Serviços.

##### **Regulamento n.º 2/2011, de 30 de Março**

Obrigaçao de reporte de operações realizadas fora de mercado regulamentado referentes a instrumentos financeiros derivados, quando o respectivo activo subjacente se encontre admitido à negociação em mercado regulamentado.

#### IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

#### TRANSPORTE FERROVIÁRIO

##### **Decreto-Lei n.º 27/2011, de 17 de Fevereiro**

Estabelece as condições técnicas que contribuem para o aumento da segurança do sistema ferroviário e de circulação segura e sem interrupção de com-

boios, transpõe as Directivas n.ºs 2008/57/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho, 2008/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro, e 2009/131/CE, da Comissão, de 16 de Outubro, e altera o Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro.

#### INAC – INSTITUTO NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

##### **Regulamento n.º 196/2011, de 17 de Março**

Determina a obrigatoriedade do operador conservar a bordo da aeronave uma cópia certificada do acordo celebrado ao abrigo do artigo 83.º-bis da Convenção de Chicago.

##### **Regulamento n.º 197/2011, de 17 de Março**

Estabelece requisitos e orientações relativos aos mínimos de separação entre aeronaves e aos métodos para que tais separações sejam garantidas na prestação dos serviços de tráfego aéreo.

##### **Regulamento n.º 198/2011, de 17 de Março**

Estabelece princípios de factores humanos.

#### ERC – ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

##### **Regulamento n.º 36/2011, de 17 de Janeiro**

Sobre o acesso e ordenação dos guias electrónicos de programas de rádio ou de televisão.

#### ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

##### **Portaria n.º 51/2011, de 27 de Janeiro**

Regulamenta a composição, modo de designação e organização do conselho consultivo da Entidade Reguladora da Saúde.

##### **Portaria n.º 52/2011, de 27 de Janeiro**

Estabelece as regras do registo obrigatório e das suas actualizações na Entidade Reguladora da Saúde dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, nomeadamente hospitais, clínicas, centros de saúde, laboratórios de análises clínicas, termas e consultórios, bem como os critérios de fixação das respectivas taxas.

**ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS  
E RESÍDUOS**

**Resolução da Assembleia da República n.º 10/2011, de 22 de Dezembro de 2010**

Recomenda ao Governo que tome a iniciativa de prever a construção de redes secundárias de abastecimento de água.

**Resolução da Assembleia da República n.º 14/2011, de 21 de Janeiro de 2011**

Recomenda ao Governo uma avaliação do impacto económico-financeiro das taxas de recursos hídricos nos sectores económicos.

**Portaria n.º 97/2011, de 9 de Março**

Procede à alteração dos vértices e coordenadas de alguns pólos de captação de águas subterrâneas destinadas ao abastecimento público, constantes de perímetros de protecção anteriormente aprovados.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS**

**ELECTRICIDADE**

**Decreto-Lei n.º 12/2011, de 12 de Janeiro**

Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2009/125/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de concepção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia.

**Decreto-Lei n.º 26/2011, de 28 de Fevereiro**

Estabelece o regime jurídico aplicável à formação e execução dos contratos de desempenho energético que revistam a natureza de contratos de gestão de eficiência energética, a celebrar entre os serviços e organismos da Administração Pública directa, indirecta e autónoma e as empresas de serviços energéticos.

**Decreto-Lei n.º 34/2011, de 8 de Março**

Estabelece o regime jurídico aplicável à produção de electricidade, a partir de recursos renováveis, por intermédio de unidades de miniprodução.

**Portaria n.º 71/2011, de 10 de Fevereiro**

Segunda alteração à Portaria n.º 592/2010, de 29 de Julho, que estabelece as condições aplicáveis ao serviço de interruptibilidade, a prestar por um consumidor de electricidade ao operador da rede de transporte, bem como o regime retributivo do referido serviço e as penalizações associadas a eventuais incumprimentos, no sentido de harmonizar as condições de interruptibilidade no mercado ibérico.

**Portaria n.º 117/2011, de 25 de Março**

Primeira alteração à Portaria n.º 1309/2010, de 23 de Dezembro, que estabelece o regime transitório aplicável, durante o ano de 2011, à prestação de serviço de interruptibilidade por consumidor de electricidade em muito alta tensão (MAT), alta tensão (AT) e média tensão (MT) ao operador da rede de transporte.

GÁS

**Decreto-Lei n.º 25/2011, de 14 de Fevereiro**

Fixa o regime jurídico destinado à protecção da segurança e saúde das pessoas, dos animais domésticos e dos bens, contra os riscos decorrentes da utilização de aparelhos a gás e respectivos dispositivos de segurança, transpondo a Directiva n.º 2009/142/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Comentário de Jurisprudência da União Europeia*

*Jurisprudência Geral*



# COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DE 17 DE FEVEREIRO DE 2011  
NO PROCESSO C-52/09 – *TeliaSonera*

(Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)

*António Pedro Santos\**

## INTRODUÇÃO

O Acórdão do Tribunal de Justiça (de ora em diante TJUE) de 17 de Fevereiro de 2011 surge na sequência de um pedido de decisão prejudicial do Stockholms Tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância Sueco, de ora em diante TPIS) sobre a interpretação do artigo 102.º do TFUE no que diz respeito aos critérios de acordo com os quais se deve considerar que uma prática de esmagamento de margens constitui um abuso de posição dominante.

Este pedido de decisão prejudicial resulta do recurso para o TPIS, da empresa Sueca de telecomunicações TeliaSonera, de uma Decisão da Autoridade da Concorrência daquele país (Konkurrensverket) de 2004, em que a empresa foi condenada ao pagamento de uma coima por um alegado esmagamento de margens na venda de serviços de acesso à internet em banda larga durante o período compreendido entre Abril de 2000 e Janeiro de 2003.

De acordo com a decisão da Autoridade da Concorrência Sueca, a empresa TeliaSonera (empresa incumbente e detentora da principal rede de telecomunicações Sueca), presente simultaneamente nos mercados retalhista e

---

\* Economista do Gabinete de Acompanhamento de Mercados e Estudos Económicos da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste comentário são estritamente pessoais e não vinculam a Autoridade da Concorrência.

grossista de venda de acesso à internet em banda larga, teria abusado da sua posição dominante ao praticar uma combinação entre o preço retalhista que aplicava aos seus clientes e o preço grossista que aplicava aos seus concorrentes do mercado retalhista insuficiente para cobrir os custos da actividade de retalho.

No pedido de decisão prejudicial ao TJUE pretendia o TPIS ver respondidas as seguintes questões:

1. Se importa ter em conta unicamente os preços retalhistas do serviço de acesso em banda larga aplicados pela TeliaSonera, ou também os que são praticados pelos seus concorrentes;
2. Que incidência pode ter o facto de a TeliaSonera não estar sujeita a uma obrigação regulamentar de fornecer o serviço grossista de acesso em banda larga;
3. Se é necessário verificar a existência de efeitos restritivos da concorrência e de que modo devem ser apurados esses efeitos;
4. Se é relevante o grau de domínio de mercado de que goza a empresa dominante;
5. Se a TeliaSonera deve ocupar uma posição dominante unicamente no mercado grossista ou também no mercado de retalho;
6. Se o serviço oferecido pela TeliaSonera a nível grossista deve ser considerado indispensável;
7. Se é relevante a circunstância de se tratar de prestações a um novo cliente;
8. Se é necessário que a empresa em posição dominante tenha a possibilidade de recuperar os prejuízos causados pela prática em questão; e
9. Se é relevante a circunstância de nesses mercados se estar em presença de uma nova tecnologia, que exige elevados investimentos.

O presente comentário analisará de seguida, de forma específica, cada uma das respostas do TJUE às questões colocadas, não sem antes produzir um comentário genérico de enquadramento do Acórdão.

## **1. A PERTINÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DECORRENTE DO PRESENTE ACÓRDÃO E O SEU EFEITO PRÁTICO**

A faculdade de os tribunais nacionais formalizarem um pedido de decisão prejudicial ao TJUE nos termos do artigo 267.º do TFUE (antigo artigo



234.º do TCE) por forma a aclararem o modo de aplicação da lei da concorrência comunitária reveste-se de grande relevância, em particular quando esses tribunais carecem de maior especialização em assuntos relacionados com a aplicação da lei da concorrência.

E se em teoria assim é, na prática a utilidade que resulta desta possibilidade para o processo ao abrigo do qual é formalizado o pedido de decisão prejudicial nem sempre é muito elevada, como demonstra o caso em apreço.

No caso *TeliaSonera*, se considerarmos que os factos que sustentam a acusação remontam ao período compreendido entre Abril de 2000 e Janeiro de 2003, que o Acórdão do TJUE data de 17 de Fevereiro de 2011 e que só após esta pronúncia do TJUE existirá uma decisão do TPIS, verificamos que passaram já mais de 8 anos sobre o termo da infracção sem que exista uma decisão transitada em julgado. E não estamos propriamente a falar de um ordenamento jurídico (o Sueco) que seja conhecido internacionalmente pela sua lentidão.

Corresse este caso termos nos tribunais nacionais de outros Estados-membros e estaria prescrito, pelo que a utilidade prática do Acórdão do TJUE nesse âmbito seria limitada. Assim, um instrumento que aparenta grande utilidade, na prática pode ter dificuldades em tornar-se relevante no âmbito dos casos concretos em que é solicitado.

Não significa isto que o Acórdão do TJUE relativamente ao caso *TeliaSonera* deixe de ter utilidade. Pelo contrário, este acórdão pode evitar muitos outros pedidos de decisão prejudicial em casos semelhantes, sendo importante pela clarificação que deixa para casos posteriores. Ou seja, a sua utilidade é, sobretudo, maior numa perspectiva de longo prazo do que para o curto prazo do processo que o suscitou.

É, por isso, importante que os tribunais nacionais tenham em consideração nos seus pedidos de decisão prejudicial ao TJUE que a resposta deste Tribunal demora em média 1 ano e meio (no caso em apreço demorou pouco mais de 2 anos)<sup>1</sup>. Se descურarem essa circunstância e o prazo remanescente para a prescrição do processo, a qualidade do serviço por estes prestado à sociedade poderá estar em causa.

---

1 Cf. TJUE, Comunicado de imprensa n.º 13/11, de 2 de Março de 2011.

Não obstante, a utilização desta faculdade tem vindo a crescer nos últimos anos, tendo em 2010 dado entrada no TJUE 385 pedidos de decisão prejudicial, o que representa um acréscimo de 27% face a 2009.<sup>2</sup>

Analisado este aspecto de enquadramento, serão abordadas de seguida, sequencialmente, as principais temáticas constantes do Acórdão.

## 2. O TESTE DE ESMAGAMENTO DEVE SER REALIZADO CONSIDERANDO OS PREÇOS RETALHISTAS DA EMPRESA EM POSIÇÃO DOMINANTE

Consistindo o teste de esmagamento de margens na determinação de se a margem entre o preço retalhista e o preço grossista é suficiente para suportar os custos da actividade de retalho de um operador de forma lucrativa, um dos elementos fundamentais a apurar para a realização desse teste é, precisamente, o preço retalhista a considerar.

Sendo que existem várias alternativas, designadamente: os preços retalhistas da arguida; os preços retalhistas de um dos seus concorrentes; a média dos preços retalhistas dos concorrentes; a média de preços do mercado retalhista; entre diversas outras construções aritméticas possíveis de preços.

Nos termos do Acórdão em análise, considerou o TJUE que “*ao apreciar o carácter abusivo de uma prática tarifária resultante na compressão de margens, há que ter em conta, em princípio e prioritariamente, os preços e os custos da empresa em causa no mercado das prestações retalhistas. Só quando não for possível, atendendo às circunstâncias, fazer referência a esses preços e custos, devem ser examinados os dos concorrentes que operam nesse mercado*”.<sup>3</sup>

A posição do TJUE alicerça-se em dois pilares. Por um lado, nas características do teste a aplicar para determinação da existência de um esmagamento de margens, e, por outro, no princípio geral da segurança jurídica.

No que respeita ao primeiro pilar, entendeu o TJUE, aliás em consonância com o Acórdão Deutsche Telekom/Comissão<sup>4</sup>, que o teste relevante a aplicar nestes casos era o do operador igualmente eficiente (OIE).

Ou seja, o que interessa testar num caso de esmagamento de margens é se um OIE ao operador retalhista do grupo verticalmente integrado, praticando os seus preços retalhistas, poderia, de forma independente, obter lucro eco-

<sup>2</sup> Cf. TJUE, Comunicado de imprensa n.º 13/11, de 2 de Março de 2011.

<sup>3</sup> §46.

<sup>4</sup> Cf. Acórdão do TJUE de 14 de Outubro de 2010, Deutsche Telekom contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo C-280/08 P, ainda não publicado na colectânea da Jurisprudência, n.º 199.

nómico se tivesse de incorrer os custos da oferta grossista que os seus concorrentes do retalho incorrem e suportar os seus próprios custos retalhistas.

Ora, nesse contexto, de facto, os preços relevantes para efeitos da aplicação do teste de esmagamento de margens são inequivocamente o preço retalhista do operador dominante e o preço grossista por este aplicado aos seus concorrentes.

O segundo pilar em que se baseia o TJUE prende-se com a necessidade de se assegurar a necessária segurança jurídica, na medida em que entende, e bem, este tribunal que se o teste a realizar se baseasse em preços retalhistas de outras empresas que não os da própria arguida, esta perderia o controlo sobre a licitude dos seus comportamentos, o que não é nem pode ser aceite.

A opinião do TJUE em relação a esta matéria não merece particular controvérsia. Se o que está em causa é a avaliação de um abuso de posição dominante por parte de uma empresa por via da fixação articulada de dois preços (um retalhista e um grossista), então necessariamente são os preços fixados por essa empresa e não os dos seus concorrentes que relevam na apreciação da prática.

A principal inovação nesta área prende-se com o facto de o Tribunal vir admitir que em casos excepcionais, isto é, quando não for possível fazer referência aos preços retalhistas da arguida, se poderem utilizar no teste os preços e custos dos seus concorrentes que actuam no mercado.

Não que esta solução não tenha no passado sido preconizada pela Comissão Europeia e não seja por vezes utilizada por reguladores nacionais de telecomunicações na Europa, mas é a primeira vez que expressamente o Tribunal admite esta possibilidade.

O interesse prático da solução em causa será, todavia, sempre muito limitado, na medida em que dificilmente num processo de esmagamento de margens deixará de existir informação fidedigna sobre os preços retalhistas das arguidas. Assim, funciona sobretudo como um incentivo à prestação de informações de preços por parte das arguidas às autoridades da concorrência sob pena de, na sua ausência, estas autoridades estarem legitimadas a utilizar a discricionariedade que lei e jurisprudência lhes conferem para desenvolverem os seus testes com os preços retalhistas de empresas concorrentes.

Talvez um aspecto mais relevante, não questionado pelo TPIS, se prenda com a questão de que preços retalhista e grossista considerar, na possibilidade de existirem diversos produtos retalhistas e grossistas diferenciados para os diferentes operadores concorrentes.

Esta é, em geral, a situação que se verifica na grande maioria dos mercados em que cada empresa não está presente com um único produto no mercado, mas com uma carteira de produtos diferenciados, muitas vezes ajustados às diferentes necessidades dos clientes.

Relativamente a este aspecto, e no que concerne ao preço retalhista, atendendo às características do teste a realizar, os preços retalhistas mais baixos da arguida deverão ser o ponto de partida da análise das autoridades da concorrência. Na generalidade dos casos, estes corresponderão também aos produtos mais vendidos e com maior impacto sobre os consumidores.

Ainda assim, devem as autoridades da concorrência ir subindo na escala de preços da carteira de produtos retalhistas para delimitar o conjunto de produtos que está a ser vendido com esmagamento de margens. Só assim é possível dimensionar o impacto potencial da prática sobre os consumidores. Quanto mais abrangente for a base de clientes, maior o impacto potencial.

Refira-se que, para efeitos da determinação da (i)lícitude do comportamento da empresa, é irrelevante se em todos os produtos que comercializa existe um esmagamento de margens ou se tal ocorre apenas num produto. Questão que poderá assumir relevo, sim, mas sobretudo ao nível do impacto da prática.

Na realidade, não é pelo facto de a empresa comercializar alguns produtos retalhistas em que não exista esmagamento de margens que tal a protege da perseguição por uma eventual prática de esmagamento de margens noutros produtos de preços mais baixos.

A nível grossista, se a empresa dominante praticar preços diferenciados para os seus concorrentes no mercado retalhista, as Autoridades da Concorrência aumentarão o ónus probatório que sobre si possa incumbir se considerarem o preço grossista mais baixo aplicado pela empresa dominante aos seus concorrentes. Contudo, pode a prática de esmagamento de margens ser selectiva e visar a eliminação de um concorrente específico (daí a diferenciação dos preços grossistas), interessando, nesse caso, aferir o carácter eventualmente discriminatório do tarifário grossista praticado, mas, igualmente, a existência de esmagamento de margens também para os restantes níveis de preço grossista praticado aos seus concorrentes.

Note-se que basta que a combinação entre o seu preço retalhista e o preço grossista mais elevado que aplica a um dos seus concorrentes seja insuficiente para cobrir os custos da actividade retalhista da arguida para que o seu comportamento seja ilícito do ponto de vista concorrencial.

### 3. A IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO REGULAMENTAR DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS GROSSISTAS

Outra questão levantada pelo TPIS é a de saber se o facto de a empresa arguida não estar obrigada a lançar o serviço grossista a isenta da aplicação da lei da concorrência, na medida em que existia a possibilidade de a empresa se recusar a prestar o serviço grossista, o que seria muito semelhante à sua prestação em condições economicamente inviáveis.

De acordo com o TJUE “*a falta de uma obrigação regulamentar de fornecer as prestações ADSL intermédias no mercado grossista não tem qualquer incidência sobre o carácter abusivo da prática tarifária em causa*”.<sup>5</sup>

Ou seja, refere o TJUE, que basta que uma empresa tenha algum nível de autonomia para a fixação dos preços, para que esteja sujeita à aplicação do artigo 102.º do TFUE, sendo irrelevante o facto de esse(s) preço(s) ter(em) ou não alguma componente regulada.

Vai mais longe o Tribunal ao considerar que o facto de não existir uma obrigação de fornecimento em relação ao serviço em causa (serviço grossista de acesso em banda larga) aumenta ainda mais os graus de liberdade da empresa na determinação dos seus preços, pelo que, quando muito, a inexistência de regulação serve para acentuar o nível de autonomia da empresa na fixação dos seus preços e nunca para justificar ou desculpabilizar os seus comportamentos pelo facto de ter oferecido um serviço a que não estava obrigada.

A este respeito diga-se que a grande maioria das decisões relacionadas com a aplicação das leis da concorrência ocorrem em mercados não sujeitos a regulação e em que as empresas não estão obrigadas a prestar os serviços sobre os quais praticaram ilícitos concorrenciais. O facto de a empresa poder licitamente recusar a prestação de um determinado serviço não lhe reduz qualquer responsabilidade pelo facto de, voluntariamente, ter decidido prestar esse serviço.

### 4. O ABUSO PODE EXISTIR AINDA QUE O SERVIÇO GROSSISTA SEJA DISPENSÁVEL

Um dos temas mais interessantes abordado pelo TJUE refere-se à diferenciação entre os casos de recusa de venda e de esmagamento de margens.

---

5 §59.

Refere o TJUE que o esmagamento de margens pode ser uma forma “*autónoma de abuso, diferente da recusa de fornecimento*”.<sup>6</sup>

De facto, uma das principais características dos casos de recusa de venda é a da indispensabilidade do serviço cuja prestação é recusada, isto é, a recusa de venda de um serviço associado a uma infra-estrutura essencial.

Vem o TJUE referir que não é aceitável considerar-se que só poderão existir casos de esmagamento de margens ilícitos do ponto de vista concorrencial na presença de infra-estruturas essenciais ou de serviços indispensáveis. Considera esse Tribunal que tal constituiria uma redução indevida do efeito útil do artigo 102.º do TFUE.

Note-se que esta temática tem sido alvo de acesa discussão nos últimos anos, seja na Europa, seja nos Estados Unidos<sup>7</sup>, após a polémica decisão do Supremo Tribunal Americano no caso *Trinko*<sup>8</sup>, que, em contradição com anteriores decisões desse mesmo Tribunal, veio defender que se uma empresa não tem, por força da lei da concorrência, o dever de prestar um determinado serviço num mercado grossista aos seus concorrentes do mercado retalhista, então não poderá ter o dever de prestar em determinadas condições comercialmente aceitáveis para os seus concorrentes.<sup>9</sup>

A Comissão Europeia, na última revisão das orientações para aplicação do artigo 102.º do TFUE, evitou uma resposta directa a esta questão, preferindo afirmar que a sua prioridade de actuação iria para casos de esmagamento de margens em que a prestação do serviço grossista é indispensável para a prestação dos serviços retalhistas pelos operadores, mas não excluindo a possibilidade de mesmo em situações em que o serviço não é indispensável poder existir um ilícito concorrencial.<sup>10</sup>

É que, refira-se, analisadas a doutrina, a prática administrativa da Comissão Europeia e a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia relativas a aplicação do artigo 102.º do TFUE, verifica-se que em casos de abuso de

---

6 §56.

7 Cf. *Crocioni*, 2003: 39; *Carlton*, 2008: 1; *Sidak*, 2008: 1.

8 Cf. Decisão do Supremo Tribunal Americano de 2004 no Processo *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398.

9 Vide a este respeito Mesa Redonda sobre *Margin Squeeze* da OCDE de 09 de Setembro de 2010 (DAF/COMP(2009)36).

10 Cf. §75 e ss. do Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 102.º do TFUE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante – de 24 de Fevereiro de 2009.

posição dominante por fixação artificial (não equitativa) de preços, por esmagamento de margens, não foi considerada como condição necessária que o bem ou serviço fornecido a montante pela empresa dominante seja essencial para os concorrentes no mercado a jusante.

Na decisão do caso Napier Brown/British Sugar, a Comissão Europeia foi clara, referindo que a British Sugar violou o artigo 86.º do TCE (actual artigo 102.º do TFUE), abusando da sua posição dominante através da fixação artificial (não equitativa) de preços, quando, embora tivesse uma posição de domínio no mercado a montante, vendia nesse mercado um produto que não era essencial e para o qual os seus concorrentes tinham outras alternativas (Tate&Lyle ou outros importadores). De facto, a quota de mercado da British Sugar no mercado grossista, durante o período das práticas, era de 58%, detendo os seus concorrentes Tate&Lyle 37% e os restantes 5%.<sup>11</sup>

No caso Deutsche Telekom<sup>12</sup>, também por abuso de posição dominante pela prática de fixação artificial (não equitativa) de preços, designadamente de esmagamento de margens, a Comissão Europeia refere *“que a Deutsche Telekom explora de modo abusivo a posição dominante que detém nos mercados relevantes para o acesso directo à sua rede telefónica fixa. Esta prática abusiva consistiu na fixação de preços não equitativos para os serviços de acesso grossista ao lacete local prestados aos operadores da concorrência bem como para os serviços de acesso a retalho prestados a utilizadores finais na rede local, estando assim abrangida pela alínea a) do artigo 82.º [actualmente 102.º] do Tratado CE.”*<sup>13</sup>

Refere claramente a Comissão, ao aferir a existência de posição dominante por parte da Deutsche Telekom, que *“as redes locais da Deutsche Telekom não constituem a única infra-estrutura técnica susceptível de prestar serviços de acesso a outros operadores ou a utilizadores finais”*.<sup>14</sup>

Esta decisão foi posteriormente confirmada pelos Tribunais Europeus.

Ou seja, também neste caso a Comissão condena a empresa por abuso de posição dominante pela prática de fixação artificial (não equitativa) de preços, designadamente de esmagamento de margens, sendo que a sua oferta gros-

11 Cf. §50 e §81 da Decisão da Comissão de 18 de Julho de 1988 no Processo n.º IV/30.178 Napier-Brown/British Sugar [1988] Jornal Oficial n.º L 284 de 19/10/1988 p. 0041-0059.

12 Cf. Decisão de 10 de Abril de 2008 do TGUE no Caso T-271/03 Deutsche Telekom OJ[2003] L263/9 e Decisão do TJUE de 14 de Outubro de 2010 no caso C-280/08 P Deutsche Telekom.

13 Cf. §199 da Decisão de 10 de Abril de 2008 do TGUE no Caso T-271/03 Deutsche Telekom OJ[2003] L263/9.

14 Cf. §83 da Decisão de 10 de Abril de 2008 do TGUE no Caso T-271/03 Deutsche Telekom OJ[2003] L263/9.

sista não constituía a “*única infra-estrutura técnica susceptível de prestar serviços de acesso a outros operadores*”.

Ora, também aqui, o carácter de essencialidade não constitui condição necessária para um comportamento ilícito de fixação artificial (não equitativa) de preços – através de um esmagamento de margens.

Assim, destas decisões administrativas e judiciais resulta que o critério relevante e necessário é, não o da essencialidade do produto vendido no mercado grossista, mas antes o da existência de uma posição dominante por parte da empresa nesse mercado.

## **5. A SUFICIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE EFEITOS POTENCIAIS E A NÃO NECESSIDADE DE PROVAR EFEITOS REAIS**

Outra questão levantada pelo TPIS refere-se à eventual necessidade de em casos de esmagamento de margem as autoridades da concorrência estarem obrigadas a provar os efeitos reais do comportamento das arguidas, não bastando prova do seu efeito potencial.

Refere a este respeito o TJUE, “*para determinar o carácter abusivo de tal prática, o efeito anticoncorrencial desta sobre o mercado deve existir, mas não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial, susceptível de eliminar os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa em posição dominante*”.<sup>15</sup>

Ou seja, do ponto de vista do Tribunal não é necessária a prova de que os efeitos de facto existiram, mas apenas de que foram potenciados pelo comportamento da arguida.

Nesse sentido o Tribunal segue de forma próxima a teleologia subjacente aos conceitos de infracção por objecto e infracção por efeito vulgarmente utilizados na linguagem jurídica concorrencial nacional, sendo que basta a colocação em perigo do bem concorrência para que se possa considerar que o comportamento é ilícito.

## **6. A IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO RETALHISTA E DO GRAU DE DOMÍNIO NO MERCADO GROSSISTA**

O TPIS levanta dúvidas sobre a necessidade da existência de posição dominante no mercado retalhista nos casos de esmagamento de margem, conside-

---

<sup>15</sup> §64.



rando que bastaria a existência de posição dominante ao nível dos mercados grossistas.

Considera o TJUE que “o carácter abusivo de uma prática tarifária aplicada por uma empresa verticalmente integrada em posição dominante no mercado grossista das prestações ADSL intermédias e resultante na compressão de margens dos concorrentes dessa empresa no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais não depende da existência de uma posição dominante dessa empresa neste último mercado”.<sup>16</sup>

Ou seja, considera o TJUE que o esmagamento de margens resulta precisamente de um comportamento abusivo da empresa por utilização do seu poder de mercado no mercado grossista, que em combinação com a sua presença no mercado retalhista, mercado este conexo com o retalhista, permite à empresa excluir rivais do mercado retalhista.

A posição do Tribunal neste Acórdão reflecte de forma precisa quer a teoria económica<sup>17</sup>, quer as Decisões da Comissão Europeia e dos Tribunais da União Europeia nesta matéria.

No que respeita à teoria económica, é relativamente intuitivo que o esmagamento de margens resulta da utilização do poder de mercado existente no mercado a montante para a obtenção de benefícios num mercado a jusante.<sup>18</sup>

Aliás, quanto menor o poder de mercado da empresa verticalmente integrada no mercado retalhista maiores os benefícios que esta pode extrair do esmagamento de margem, na medida em que maior é a fatia de mercado que não é explorada pela empresa e que pode vir a ser explorada com a eliminação dos concorrentes e potenciais entrantes no mercado retalhista.

No que respeita às Decisões da Comissão Europeia e dos Tribunais da União Europeia, o mesmo é salientado de forma notória.

Na Decisão da Comissão Europeia no caso National Carbonising, refere esta: “uma empresa em posição dominante na produção de uma matéria-prima e que se encontra em posição de controlar os preços a que os fabricantes independentes de derivados dessa matéria-prima a adquirem e que se encontra em concorrência com esses mesmos fabricantes, pode abusar da posição dominante se agir

---

16 §89.

17 Cf. Bishop, 2010: 337 a 340.

18 Cf. Crocioni, 2003: 39.

*de modo a eliminar a concorrência destes fabricantes no mercado dos derivados da matéria-prima*".<sup>19</sup>

Também na Decisão da Comissão Europeia no caso Comercial Solvents esse entendimento é reiterado, referindo-se novamente a expressão: "*em concorrência com esses mesmos fabricantes*".<sup>20</sup>

Isto é, no mercado a jusante (retalhista) basta que a empresa verticalmente integrada se encontre "*em concorrência com esses mesmos fabricantes*", isto é, exista uma presença de forma activa e significativa da empresa desse Grupo no mercado retalhista.

Mas são ainda mais os casos de decisões da Comissão Europeia em que o mesmo é salientado de forma manifesta.

Veja-se, por exemplo, que no Caso Telefónica a Comissão refere: "*As the case law of the Community courts clearly confirms, it is not necessary under Article 82 to demonstrate that Telefónica is dominant in the relevant retail market for proving the existence of an abuse of dominant position in the form of a margin squeeze*".<sup>21</sup>

Também os Tribunais da União Europeia têm assumido expressamente esta posição.

No caso Industrie des Poudres Sphériques, por exemplo, o TGUE definiu esmagamento de margens da seguinte forma: "*Price squeezing may be said to take place when an undertaking which is in a dominant position on the market for an unprocessed product and itself uses part of its production for the manufacture of a more processed product, while at the same time selling off surplus unprocessed product on the market, sets the price at which it sells the unprocessed product at such*

---

19 Cf. Decisão de 29 de Outubro de 1975 da Comissão Europeia no caso 76/185/ECSC - National Carbonizing Company.

20 Cf. Decisão de 6 de Março de 1974 da Comissão Europeia nos casos 6/73 e 7/73 - Instituto Chemioterapico Italiano Spa e Commercial Solvents Corporation versus Comissão Europeia.

21 Cf. §243 da Decisão da Comissão Europeia de 04 de Julho de 2007 no caso COMP/38.784 - Wanadoo España vs. Telefónica. Tradução do inglês: "Conforme a jurisprudência dos tribunais comunitários confirma de forma clara, não é necessário, nos termos do artigo 82, demonstrar que a Telefónica tem uma posição dominante no mercado retalhista relevante para que exista um abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento das margens".

*a level that those who purchase it do not have sufficient profit margin on the processing to remain competitive on the market for the processed product”.*<sup>22, 23</sup>

Em suma, em nenhuma das decisões da Comissão Europeia e de Tribunais da União Europeia resulta como condição necessária para a existência de uma prática ilícita de esmagamento de margens a existência de uma posição dominante no mercado a jusante (retalhista), mas apenas no mercado a montante, pelo que o Acórdão em apreciação é perfeitamente coerente com tal posição.

No que respeita ao grau de domínio no mercado grossista, considerou o TJUE “*uma prática tarifária resultante na compressão de margens é susceptível de constituir um abuso de posição dominante quando essa empresa ocupa tal posição, sem que seja, em princípio, pertinente, a este respeito, o grau de domínio do mercado em causa*”.<sup>24</sup>

A verdade é que o poder de mercado de uma empresa não é uma variável discreta que ou existe ou não existe. Trata-se sim de uma variável contínua, isto é, de uma questão de nível. O poder de mercado pode ser maior ou menor, atentas as características da estrutura de mercado em que se insere o serviço prestado pela empresa.

A legislação da concorrência procurou transformar essa variável contínua numa variável discreta que denominou por posição dominante, sendo que as únicas possibilidades de escolha que associou a essa variável foi a da sua existência ou inexistência.

Essa transformação faz desde logo com que o critério intensidade da dominância deixasse de ser relevante do ponto de vista da apreciação jusconcorrencial. Ora, a posição do Tribunal a esse respeito vem precisamente tornar bem clara a escolha dessa roupagem de cariz mais jurídico em detrimento de uma de cariz mais económico.

Nesse sentido, a visão do Tribunal é perfeitamente coerente com a letra das normas concorrenciais.

---

22 Cf. §178 da Decisão do TGUE de 30 de Novembro de 2000 no Caso T-5/97 - Industrie des Poudres Sphériques.

23 Cf. Decisão da Comissão Europeia *supra* referida. Tradução do inglês: “Existe um esmagamento de preços quando uma empresa que detém posição dominante no mercado da matéria-prima e ela própria usa parte da matéria-prima que produz para transformar num produto derivado, simultaneamente vende a restante matéria-prima que produz no mercado a um preço tal que aqueles que a compram não têm margem de lucro suficiente para proceder à sua transformação de forma a manterem-se competitivos no mercado do produto derivado.”

24 §82.

## **7. A IRRELEVÂNCIA DE O SERVIÇO GROSSISTA E RETALHISTA SEREM INOVADORES, INTENSIVOS EM INVESTIMENTOS E SEREM PRESTADOS A UM NOVO CLIENTE**

O TPIS colocou também a questão de saber se para a apreciação da aplicabilidade do artigo 102.º do TFUE é relevante ou não o facto de estarmos na presença de um serviço inovador, intensivo em investimentos ou o facto de o esmagamento de margem ter ocorrido num novo fornecimento ou em relação ao um antigo cliente da empresa.

A este respeito considerou o TJUE que as circunstâncias de “*a prática tarifária em questão ser susceptível de eliminar do mercado em causa clientes existentes da empresa dominante ou novos clientes*”, bem como “*a de os mercados em causa estarem em forte crescimento e perante uma nova tecnologia que exige elevados investimentos*” não são factores “*pertinente(s) para apreciar o seu carácter abusivo*”.<sup>25/26</sup>

Trata-se de uma matéria que parece relativamente pouco controversa do ponto de vista da interpretação das leis da concorrência, no sentido de que não existe legislação nem jurisprudência que exijam que se tome em consideração este tipo de factores (tipo de cliente, nível de maturidade do mercado ou nível de investimentos) como justificativos de uma isenção da aplicação do artigo 102.º do TFUE a estes mercados.

## **8. A DISPENSABILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE QUE A EMPRESA EM POSIÇÃO DOMINANTE TINHA A POSSIBILIDADE DE RECUPERAR OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA PRÁTICA EM QUESTÃO**

Uma outra questão levantada pelo TPIS foi a de saber se é necessária a prova de que a empresa em posição dominante pode recuperar eventuais perdas de curto prazo com a implementação da estratégia de esmagamento de margens com ganhos de longo prazo, ou seja, se consegue recuperar os prejuízos causados pela prática em questão.

Nos casos de preços predatórios este é um dos aspectos que tem gerado mais controvérsia na Europa e nos Estados Unidos<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> §95.

<sup>26</sup> §111.

<sup>27</sup> Cf. Bolton, 2003; pp. 36.

A este respeito considerou o TJUE que “*para verificar se a prática tarifária em questão é abusiva, não é necessário saber se a empresa dominante tem a possibilidade de recuperar os prejuízos eventualmente sofridos ao aplicar essa prática*”.<sup>28</sup>

Recorde-se a este nível o que foi anteriormente referido relativamente às características do teste a aplicar num caso de esmagamento de margens.

O teste consiste em verificar se a margem entre os preços retalhistas praticados pela empresa do grupo verticalmente integrado e os preços grossistas que as empresas concorrentes terão de pagar é (in)suficiente para cobrir os custos do retalho de um operador igualmente eficiente ao retalhista do grupo verticalmente integrado.

O que se pretende confirmar é se um operador alternativo que praticasse os preços retalhistas da empresa do grupo verticalmente integrado, pagasse os preços grossistas que as empresas concorrentes tinham de pagar ao operador verticalmente integrado, conseguiria cobrir os custos do retalho de um OIE ao retalhista do grupo verticalmente integrado.

É, por isso, possível que exista um abuso de posição dominante por fixação artificial de preços, designadamente por esmagamento de margens, mesmo em casos em que a empresa retalhista do grupo verticalmente integrado tenha lucro económico no curto prazo, tal como é possível que existam casos em que não o tenha.

Isto é, podem existir casos de esmagamento de margens em que o operador retalhista do grupo verticalmente integrado pague um preço ao grossista desse mesmo grupo relativamente inferior (no limite, zero) ao preço grossista que pagam os seus concorrentes, e, desta forma, o retalhista do grupo verticalmente integrado possa obter lucros apesar de nenhum operador retalhista alternativo os poder obter.

Nesse sentido, a própria questão colocada pelo TPIS fica mais vazia de sentido.

De qualquer modo, mesmo supondo que, para comprimir as margens dos seus concorrentes, a empresa dominante sofra prejuízos, não se pode exigir que se faça a prova da possibilidade de recuperar esses prejuízos eventuais para poder determinar a existência de um abuso.

Com efeito, a possibilidade de os concorrentes serem eliminados do mercado não depende nem da circunstância de a empresa dominante sofrer prejuízos, nem da desta empresa poder recuperar tais prejuízos, mas depende

---

28 §103.

unicamente da diferença entre os preços praticados nos mercados em questão pela empresa dominante, que pode, eventualmente, causar prejuízos não a si própria – ou à(s) sua(s) subsidiária(s) – mas aos seus concorrentes.

Ora, o carácter abusivo está, por isso, relacionado com a fixação de preços que resulta nessa diferença entre os preços retalhistas e os preços grossistas aplicados aos concorrentes daquelas empresas.

Assim, na apreciação do tipo de comportamentos que constituem o abuso de posição dominante em apreço, as autoridades da concorrência não estão obrigadas a fazer prova de que os preços eram excessivos no mercado grossista ou de que os preços eram predatórios no mercado retalhista.

Estão, sim, obrigadas a fazer prova de que a diferença entre os preços retalhistas e os preços grossistas aplicados aos concorrentes era insuficiente para que um operador tão eficiente quanto a empresa retalhista arguida pudesse obter lucro económico.

A jurisprudência do TGUE no caso Deutsche Telekom era já particularmente esclarecedora a este respeito<sup>29</sup>:

- a) *“The Commission takes the view that there is ‘an abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market’”*.<sup>30</sup>
- b) *“The abusive nature of the applicant’s conduct is connected with the unfairness of the spread between its prices for wholesale access and its retail prices, which takes the form of a margin squeeze. Therefore, in view of the abuse found in the contested decision, the Commission was not required to demonstrate in that decision that the applicant’s retail prices were, as such, abusive”*.<sup>31</sup>

29 Cf. §166 a §168 da Decisão de 10 de Abril de 2008 do TGUE no Caso T-271/03 Deutsche Telekom OJ[2003] L263/9 e Decisão do TJUE.

30 Tradução do inglês: “A Comissão considera que existe um esmagamento de margens ilícito, quando a diferença entre os preços retalhistas de uma empresa dominante e os preços grossistas que esta cobra aos seus concorrentes retalhistas pelos serviços grossistas equiparáveis é negativo, ou insuficiente para cobrir os custos específicos do produto retalhista em que ela própria incorre para prestar esses serviços no mercado a jusante”.

31 Tradução do inglês: “O carácter ilícito do comportamento da recorrente está relacionado com a artificialidade (não equidade) do diferencial entre os seus preços de acesso grossista e os seus preços retalhistas, sob a forma de um esmagamento de margens. Assim, tendo em consideração o tipo de abuso pelo qual foi condenada a empresa na decisão impugnada, a Comissão não estava obrigada a demonstrar, em tal decisão, que os preços retalhistas eram excessivos”.

## 9. CONCLUSÕES

O Acórdão do TJUE de 17 de Fevereiro de 2011 no processo que envolve a empresa Sueca de Telecomunicações TeliaSonera pode servir menos os interesses do caso que lhe deu origem (que enfrentará riscos de prescrição), mas servirá seguramente como uma das mais importantes fontes de inspiração e referência para decisões futuras de fixação artificial de preços sob a forma de esmagamento de margens.

A relevância deste Acórdão não se prende com o seu carácter inovador na medida em que a generalidade das opções assumidas pelo Tribunal se encontravam já plasmadas num anterior conjunto de decisões dos Tribunais da União Europeia (casos Instituto Chemioterapico Italiano, Commercial Solvents, Napier-Brown/British Sugar, Industrie des Poudres Sphériques, e Deutsche Telekom). Prende-se, sobretudo, com o seu carácter sistematizador de um conjunto de conceitos e definições que se encontravam dispersos por várias peças de jurisprudência.

Esta sistematização resulta, em grande medida, da forma sintética mas precisa com que o TPIS colocou as suas questões no pedido de decisão prejudicial.

Entendo que o principal contributo deste Acórdão se prende com a clarificação que faz sobre as diferenças entre casos de esmagamento de margens, recusas de venda ou recusas de acesso a infra-estruturas essenciais, e preços predatórios.

O Tribunal torna claro, por um lado, que um esmagamento de margens não se confunde com uma recusa de venda ou uma recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial, nem mesmo com uma “recusa constrictiva de venda”. Vai mais longe referindo que tal confusão resultaria numa interpretação restritiva e indevida do artigo 102.º do TFUE. Na prática considera que poderão ocorrer esmagamentos de margem ilícitos do ponto de vista concorrencial em situações em que a infra-estrutura ou o serviço prestado não é essencial.

Esta posição é perfeitamente coerente com a anteriormente assumida pelos Tribunais da União Europeia nos casos Napier-Brown/British Sugar e Deutsche Telekom.

Por outro lado, o Tribunal distancia os casos de esmagamento de margens dos de preços predatórios, considerando, em primeiro lugar, que na presença de um esmagamento de margens é irrelevante a existência de posição dominante no mercado retalhista (nos casos de preços predatórios a dominância é, precisamente, aferida nos mercados retalhistas), sendo sim relevante a

existência de posição dominante no mercado grossista, e, em segundo lugar, que é irrelevante para os casos de esmagamento de margens se a empresa dominante recupera os prejuízos resultantes de eventuais perdas que resultem da prática ilícita (note-se que nos casos de esmagamento de margens pode a empresa dominante nem sequer apresentar perdas durante o período das práticas).

Para além deste distanciamento dos casos de esmagamento de margens dos de recusas de vendas, recusas de acesso a infra-estruturas essenciais e preços predatórios, o Tribunal, com este Acórdão, detalhou um conjunto de questões de índole mais técnico.

Considerou que o teste mais adequado para casos de esmagamento de margens é o do operador igualmente eficiente, isto é, um teste em que se verifica se um operador igualmente eficiente ao operador retalhista do grupo verticalmente integrado, praticando os seus preços retalhistas, poderia, de forma independente, obter lucro económico se tivesse de incorrer os custos da oferta grossista que os seus concorrentes do retalho incorrem e suportar os seus próprios custos retalhistas. Ainda assim, admite que na ausência de informação de preços e custos da arguida a utilização dos dos seus concorrentes retalhistas seja uma possibilidade.

Nos últimos anos, o teste do operador igualmente eficiente tem-se vindo a afirmar no seio das autoridades da concorrência nacionais, Comissão Europeia e reguladores nacionais de telecomunicações.

O TJUE definiu, também, no Acórdão que a circunstância de existir uma obrigação regulamentar de prestação do serviço era irrelevante para efeitos de apreciação da prática na medida em que a empresa dispunha de alguma autonomia na fixação dos seus preços, que era inconsequente para o caso a prova de efeitos reais da prática bastando a existência de efeitos potenciais e que não deveriam ser tomados em consideração argumentos como os de o serviço prestado ser inovador, intensivo em investimento ou prestado a um novo cliente para efeitos de aferição da (i)lícitude do comportamento.

O Acórdão do TJUE de 17 de Fevereiro de 2011 no caso *TeliaSonera* revela-se, por isso, de grande utilidade, pese embora surja num período em que as prioridades da Comissão Europeia a nível da aplicação do artigo 102.º do TFUE se tenham afastado dos casos de esmagamento de margens.



**BIBLIOGRAFIA**

BISHOP, Simon & WALKER, Mike

2010 *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.<sup>a</sup> ed., London: Sweet & Maxwell.

BOLTON Patrick, BRODLEY, Joseph & RIORDAN, Michael

2000 “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, in *Georgetown Law Journal*, pp. 36 ss.

CARLTON, Dennis

2008 “Should ‘price squeeze’ be a recognized form of anticompetitive conduct?”, in *Journal of Competition Law & Economics*, pp. 1.

CROCIONI, Pietro

2003 “Price Squeezes, Foreclosure And Competition Law Principles And Guidelines”, in *Journal of Network Industries*, vol. 4, issue 1, pp. 28 a 60.

SIDAK, J. Gregory

2008 “Abolishing the price squeeze as a theory of antitrust liability”, in *Journal of Competition Law & Economics*, pp. 1 ss.



# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JANEIRO A MARÇO DE 2011

*elaborado por André Forte*

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa (3.<sup>a</sup> Secção) de 30.03.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L1 (recurso para correcção de acórdão prévio do Tribunal da Relação de Lisboa).

**Recorrentes:** *Abbott – Laboratórios, Lda. e Menarini Diagnósticos, Lda.*

**Sumário:** julga procedente o pedido de correcção do acórdão, passando a correcção feita a integrar o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2010. Julga improcedente o demais requerido, designadamente as suscitadas nulidades do acórdão previamente proferido.

**Normas relevantes:** arts. 4.º, 358.º, 379.º, 380.º, 410.º, 412.º, 424.º e 425.º do CPP; art. 666.º, n.º 1, do CPC; art. 205.º da CRP.

**Sentença** do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 21.02.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 1126/09.0TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contra-ordenação).

**Recorrentes:** *Catelas & Teorgas, Lda.; Abranches & Filhos, Lda.; Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda.; Germen – Moagem de Cereais, S.A., Granel – Moagem de Cereais, S.A. e Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, S.A.; Cerealis – Moagens, S.A. e Cerealis – Produtos Alimentares, S.A.; Carneiro, Campos & Cia., S.A.; Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda. e Pitorro – Moagem de Cereais, S.A.*

**Sumário:** julga procedente a arguida nulidade da Nota de Ilicitude datada de 25/11/08, por violação do princípio constitucional do direito a um processo equitativo e justo, declarando a nulidade de todo o processo a partir da mesma (inclusive) e determinando a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência, a fim de ser sanada tal nulidade.

**Normas relevantes:** arts. 4.º, 19.º, 22.º, 24.º, 25.º, 26.º, 28.º, 42.º e 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; arts. 7.º, 11.º e 17.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro; arts. 41.º e 50.º do RGIMOS; arts. 497.º, n.º 1, e 498.º do CPC; arts. 20.º, 29.º, n.º 5, 32.º, n.º 10, 61.º, n.º 1, 80.º, al. *a*), e 81.º, al. *f*), da CRP.

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – JANEIRO A MARÇO DE 2011

*elaborado por José Renato Gonçalves*

### **CMVM**

**Acórdão** n.º 100/2011 do Tribunal Constitucional, 3.ª secção (Rel. Maria Lúcia Amaral), de 16.02.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 376/2010, respeitante ao Acórdão da Relação de Lisboa que concedera provimento ao recurso interposto pela CMVM e confirmara a decisão desta última de aplicação ao arguido de coima no valor de 75 000 euros pela prática, a título doloso, da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 174.º, 393.º, n.º 2, al. *e*), e 388.º, n.º 1, al. *u*), do CVM. No requerimento de interposição de recurso, pediu-se a apreciação da constitucionalidade de várias normas, incluindo as acabadas de indicar. Como o Tribunal decidiu sumariamente não tomar conhecimento do objecto do recurso, o recorrente apresentou reclamação para a conferência, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art. 78.º-A da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, com alterações posteriores).

**Recorrente:** *Miguel M. S. Pais do Amaral.*

**Objecto do recurso:** apreciação da conformidade constitucional de várias normas [arts. 174.º, 393.º, n.º 2, al. *e*), e 388.º, n.º 1, al. *u*), do CVM], quando interpretadas no sentido “do tipo contra-ordenacional respeitante à violação do dever de segredo abranger o conceito de ‘potencial oferente’, por configurar violação do princípio da legalidade contra-ordenacional, do princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança e do princípio da boa-fé, bem como do art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4 da Constituição (...)”.

**Sumário:** o Tribunal decidiu sumariamente não tomar conhecimento do objecto do recurso por não ter sido suscitada em lugar algum – designadamente nas alegações do recurso do despacho que julgara improcedente a

arguição de nulidade deduzida, nas contra-alegações apresentadas quando do recurso interposto pelo CMVM da decisão absolutória proferida em 1.<sup>a</sup> instância, ou na resposta dada ao parecer do Ministério Público junto do tribunal *a quo* – qualquer questão de constitucionalidade, nos termos prescritos pela Constituição e pela lei. Posteriormente, foi indeferida a reclamação para a conferência, confirmando a decisão sumária reclamada. Também foi indeferida a arguição de nulidade da decisão sumária.

**Normas relevantes:** arts. 20.º, n.º 1, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, 202.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 da CRP, 72.º, n.º 2, 78.º-A, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, 668.º, n.º 1, al. j), do CPC e 174.º, 393.º, n.º 2, al. e), e 388.º, n.º 1, al. u), do CVM.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, (5.<sup>a</sup> Secção Criminal), de 15.02.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 3501/06.3 TFLSB.L1 (da 2.<sup>a</sup> Secção do 1.º Juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa), no qual fora impugnada a decisão da CMVM que aplicara à EDP – Energias de Portugal, S. A., a coima única de 550 000 euros, designadamente, pela prática de uma contra-ordenação pela violação do dever de divulgação imediata de facto relevante, de uma contra-ordenação pela violação do dever de segredo sobre facto relevante até à sua divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM, e de uma contra-ordenação pela violação do dever de veracidade da informação divulgada ao público. A decisão da CMVM foi revogada por sentença de 22.04.2010, que julgou o recurso procedente, sendo a arguida absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada. Inconformados com a sentença, o Ministério Público e a CMVM interpuseram recurso para o Tribunal de Relação.

**Recorrentes:** *Ministério Público e CMVM.*

**Tipo de ilícito:** violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de segredo sobre facto relevante até à sua divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM e de veracidade da informação divulgada ao público.

**Sumário:** foi negado provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público e pela CMVM, confirmando-se a decisão recorrida na sua plenitude.

**Normas relevantes:** arts. 248.º, n.º 1, 388.º, n.ºs 1, als. a) e c) e 2, al. a), 389.º, n.º 1, 394.º, n.º 1, al. b), 400.º, n.º 1, al. a), 402.º, n.º 1, do CVM, 17.º, n.º 4, do RGIMOS e 6.º, n.º 2, do Regulamento da CMVM n.º 4/2004.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.<sup>a</sup> Secção Criminal, de 1 de Fevereiro de 2011, proferida no âmbito do Recurso Penal n.º 7022/09.7 TFLSB.L7 (da 3.<sup>a</sup> Secção do 7.º Juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa), no qual fora revogada a decisão da CMVM de aplicação à arguida, Sport Lisboa e Benfica, SAD, de uma coima pela prática de duas contra-ordenações previstas e punidas pelos arts. 248.º, 394.º, n.º 1, al. i), e 338.º, n.º 1, al. a), do CVM. Não se conformando com a sentença, a CMVM interpôs recurso pedindo a sua revogação e substituição por uma decisão que condene a arguida pela prática de duas contra-ordenações muito graves previstas e punidas pelos arts. 248.º, n.º 1, 394.º, n.º 1, al. i), e 388.º, n.º 1, al. a), por não divulgação imediata das informações relativas às decisões de rescindir o contrato com treinador e de contratar outro treinador, bem como as consequentes negociações.

**Recorrente:** *CMVM*

**Tipo de ilícito:** violação do dever de divulgação imediata de factos relevantes.

**Sumário:** o recurso foi julgado procedente, tendo sido ordenado o reenvio do processo ao tribunal recorrido para novo julgamento quanto à totalidade do objecto do processo.

**Normas relevantes:** arts. 81.º, al. f), e 101.º da CRP, 248.º, n.ºs 1 e 2, 248.º-A, n.º 2, al. b), n.ºs 4, al. c) e 5, 388.º, n.º 1, al. a), 394.º, n.º 1, al. i), e 415.º do CVM, 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, als. a) e c) primeira parte, 410.º, n.º 2, al. b), 412.º, n.º 2, 426.º, n.º 1, do CPP e 8.º, n.º 2, 9.º, n.ºs 1 e 2 e 75.º do RGIMOS.

**Sentença** do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (2.º Juízo, 3.<sup>a</sup> Secção) de 07.01. 2011, proferida no âmbito do Processo n.º 1485/08.2 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM que condenara a recorrente pela prática a título doloso de uma contra-ordenação por violação do dever de divulgação imediata de informação (“relativa à descoberta de petróleo”) através do Sistema de Difusão de Informação (SDI, da CMVM).

**Recorrente:** *Galp Energia – S. G. P. S., S. A.*

**Tipo de ilícito:** violação do dever de divulgação imediata de informação.

**Sumário:** o recurso foi julgado parcialmente procedente e, consequentemente, a arguida foi condenada pela prática a título negligente de uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 24.º, n.ºs 1, al. a) e 2.º, 388.º, n.ºs 1, al. a) e 3, 394.º, n.º 1, al. i), 401.º e 402.º, do CVM, por referência ao art. 17.º, n.º 4, do RGCO, ao pagamento de uma coima no valor de 30 000 euros. A arguida interpôs recurso da sentença para o Tribunal da Relação.

**Normas relevantes:** arts. 24.º, n.ºs 1, al. *a)* e 2, 248.º, n.ºs 1, al. *a)* e 3, 388.º, n.ºs 1, al. *a)* e 3, 394.º, n.º 1, al. *i)*, 401.º e 402.º do CVM e 17.º, n.º 4 e 59.º do RGIMOS.



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA  
DA UNIÃO EUROPEIA – JANEIRO A MARÇO DE 2011

*elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

**Acordos, decisões e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.03.2011, proferido no âmbito do Processo C-352/09 P.

Partes: *ThyssenKrupp Nirosta GmbH* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.03.2011, proferido no âmbito dos Processos C-201/09 P e C-216/09 P.

Partes: *ArcelorMittal Luxemburgo SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-386/06.

Partes: *Pegler Ltd* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-385/06.

Partes: *Aalberts Industries NV* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo C-384/06.

Partes: *IBP Ltd* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-382/06.

Partes: *Tomkins plc* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-381/06.

Partes: *FRA.BO SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-379/06.

Partes: *Kaimer GmbH & Co. Holding KG* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-378/06.

Partes: *IMI plc* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-377/06.

Partes: *Comap SA* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-376/06.

Partes: *Legris Industries SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-375/06.

Partes: *Viega GmbH & Co. KG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 22.03.2011 proferido no âmbito do Processo T-419/03.

Partes: *Altstoff Recycling Austria AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 08.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-37/05.

Partes: *World Wide Tobacco España, SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.03.2011, proferido no âmbito do Processo C-437/09 (a título prejudicial).

Partes: *AG2R Prévoyance / Beaudout Père et Fils SARL*.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.03.2011, proferido no âmbito dos Processos T-122/07 a T-124/07.

Partes: *Siemens AG Österreich* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.03.2011, proferido no âmbito dos Processos T-117/07 e T-121/07.

Partes: *Areva* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.03.2011, proferido no âmbito do Processo T-110/07.

Partes: *Siemens AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.02.2011, proferido no âmbito do Processo C-260/09 P.

Partes: *Activision Blizzard Germany GmbH* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.02.2011, proferido no âmbito do Processo T-33/05.

Partes: *Compañía española de tabaco en rama, SA (Cetarsa)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.01.2011, proferido no âmbito do Processo C-90/09 P.

Partes: *General Química SA e o.* / Comissão.

### **Abuso de posição dominante**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.03.2011, proferido no âmbito do Processo C-437/09 (a título prejudicial).

Partes: *AG2R Prévoyance / Beaudout Père et Fils SARL*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.02.2011, proferido no âmbito do Processo C-52/09 (a título prejudicial).

Partes: *Konkurrensverket / TeliaSonera Sverige AB*.

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal Geral de 24.03.2011, proferido no âmbito dos Processos T-443/08 e T-455/08.

Partes: *Freistaat Sachsen* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.02.2011, proferido no âmbito do Processo T-3/09.

Partes: República Italiana / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.02.2011, proferido no âmbito do Processo T-584/08.

Partes: *Cantiere navale De Poli SpA* / Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

*Recensão*

*Novidades Bibliográficas*



# RECENSÃO

**Marcelo Neves**, *Transconstitucionalismo*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

*elaborado por Miguel Nogueira de Brito*

## O AUTOR

*Marcelo Neves* é professor de Teoria Geral do Estado da Universidade de São Paulo, desde 2008, sendo ainda livre-docente pela Universidade de Friburgo, na Suíça (2000). Doutor em direito pela Universidade de Bremen, na Alemanha (1991), Marcelo Neves realizou também pós-doutoramentos na Universidade de Frankfurt (1996-1998) e na *London School of Economics* (2007). O Professor Marcelo Neves é autor de uma vasta e importante obra nos domínios do direito constitucional, bem como da filosofia e da teoria do direito, entre os quais cabe destacar *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis* (1988), *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien* (1992), *A Constitucionalização Simbólica* (1.<sup>a</sup> edição, 1994; 2.<sup>a</sup> edição 2007; edição em alemão, 1998), *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a Partir e Além de Luhmann e Habermas* (1.<sup>a</sup> edição 2006; 2.<sup>a</sup> edição, 2008), para além de numerosos artigos, principalmente em publicações brasileiras e alemãs.

Recentemente, o Professor Marcelo Neves tem vindo a fazer acompanhar a sua carreira académica por um maior envolvimento na vida prática, desenvolvendo actividade como juriconsulto e advogado. Neste contexto importa

notar a sua nomeação, em 2009, como membro do Conselho Nacional de Justiça, tendo sido indicado pelo Senado brasileiro.

### SINOPSE DA OBRA E COMENTÁRIO

*Transconstitucionalismo* é o título da tese que o Professor Marcelo Neves apresentou para o concurso de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizado em maio de 2009. Marcelo Neves acabou por não obter o cargo, mas pode bem dizer-se que se a escrita da obra em causa foi motivada pelo concurso este cumpriu, só por isso, a sua função, independentemente do resultado. Importa, com efeito, salientar que *Transconstitucionalismo* confirma Marcelo Neves como um dos mais importantes constitucionalistas da actualidade.

O que é, antes de mais, o transconstitucionalismo? Segundo Marcelo Neves trata-se muito simplesmente do «direito constitucional do futuro» (p. 269). Numa entrevista recente, concedida em 12 de Julho de 2009 à publicação brasileira *Consultor Jurídico*, Marcelo Neves definiu sucintamente o transconstitucionalismo. Segundo o autor, trata-se do «entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade económica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O facto de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo».

São muitos os exemplos através dos quais Marcelo Neves ilustra o conceito de transconstitucionalismo. Começando pelo já aludido exemplo do comércio de pneus usados, estava em causa uma decisão da Organização Mundial do Comércio que, em Dezembro de 2007, decidiu favoravelmente um recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos respeitantes à protecção do meio ambiente, para que fosse proibida a importação de pneus usados provenientes da União Europeia. Ao mesmo tempo, aquela decisão estabeleceu que a política brasileira de importar pneus usados do Paraguai e do Uruguai implicava discriminação e, nessa medida, devia ser abolida. Segundo Marcelo Neves, este exemplo, que envolveu também decisões da instância judicial



do Mercosul e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, mostra uma prática inconsistente e oportunista do governo brasileiro, afastada de um modelo aberto às exigências do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, antes se aproximando de uma mistura de pragmatismo simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional (pp. 246-249).

Um outro exemplo diz respeito à decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15 de Dezembro de 1999, na qual se deu maior peso à liberdade de imprensa na consideração da divulgação de fotografias da Princesa Carolina do Mónaco, com as inerentes restrições à reserva da vida privada de pessoas célebres. Esta decisão foi depois contrariada pela decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 24 de Junho de 2004, no caso *Caroline von Hannover v. Alemanha*, que se mostrou favorável à protecção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa. Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão de 14 de Outubro de 2004, consolidou o seu entendimento no sentido de estabelecer limites à aplicação interna das decisões do TEDH, no caso de serem contrárias aos direitos fundamentais e aos princípios do Estado de direito estabelecidos na Constituição alemã: o Tribunal Constitucional Federal deve levar em conta as decisões do TEDH, mas não está vinculado a elas (pp. 138-139).

Estes dois exemplos mostram de forma clara que o transconstitucionalismo envolve um diálogo entre ordens jurídicas diferentes a propósito dos mesmos problemas de direito constitucional. Não está, assim, em causa um constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, mas antes o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam diversos tipos de ordens jurídicas (pp. XXI-XXII).

No primeiro capítulo, Marcelo Neves começa por estabelecer o pressuposto teórico do conceito de transconstitucionalismo. Trata-se do carácter «multicêntrico» da sociedade moderna como condição para o surgimento do constitucionalismo. Com efeito, o surgimento da modernidade dá-se com a diferenciação funcional em face da amálgama pré-moderna de política e moral religiosa no topo da pirâmide social, diferenciação essa que terá ocorrido inicialmente no âmbito da economia, com a autonomização da eficiência económica em face da política, da ciência (a verdade independente da moral religiosa e do poder), da arte (o «belo» liberta-se da bondade moral religiosamente fundada). Mais tarde, com o constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII, inicia-se o processo moderno de diferenciação entre política e direito. Está em causa não apenas um «desintrincamento» de lei,

poder e saber, nem apenas a obtenção de liberdade religiosa e económica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistémico-funcional (pp. 22-23). A sociedade torna-se assim «multicêntrica», levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes, próprias de diferentes subsistemas sociais, como o direito, a moral, a economia, etc., e sem que exista uma diferença última que possa impor-se contra todas as diferenças, inexistindo um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos (p. 24). Isto leva a uma pluralidade de códigos-diferença orientadores da comunicação nos diversos campos sociais: ter/não ter no sistema económico; poder/não poder na política; lícito/ilícito no sistema jurídico; verdadeiro/falso na ciência; belo/feio na arte, etc. Ao mesmo tempo, qualquer forma de autismo desenvolvido em uma esfera pode ter efeitos destrutivos em outras esferas sociais e até sobre a integração social e sistémica de uma sociedade complexa. Com efeito, segundo Marcelo Neves, «diferenciação não significa isolamento» (p. 27).

Desta compreensão da modernidade decorrem diversos aspectos a ter em conta. O primeiro consiste em observar que a «sociedade moderna nasce como sociedade mundial» (p. 26), sendo que os próprios Estados constituem uma das dimensões fundamentais da sua reprodução. O segundo consiste em compreender que a diferenciação, se por um lado pode sucumbir à expansão de um dos subsistemas sociais em detrimento dos outros, por outro lado, não pode subsistir sem a existência de vínculos estruturais que possibilitem as interferências entre diversos âmbitos autónomos de comunicação (p. 35). É aqui que surge a ideia de «acoplamento estrutural», desenvolvida por Niklas Luhmann com base na teoria biológica de Maturana e Varela. Em certo sentido, estamos perante válvulas de escape que permitem regular a tensão acumulada nos diversos sistemas, através de pontos de contacto entre eles. A linguagem é apresentada como um acoplamento estrutural entre sociedade e consciência, tal como a propriedade e o contrato são acoplamentos estruturais entre economia e direito e o regime fiscal de despesas e receitas é o acoplamento estrutural entre economia e política. Mais importante, a Constituição é um acoplamento estrutural entre política e direito (p. 37). Em todos estes casos estamos perante interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais. No âmbito da teoria luhmanniana, as interpenetrações significam que cada sistema põe à disposição do outro complexidade desordenada, mas não a sua racionalidade e discurso próprios. Ora, Marcelo Neves entende, antes de mais, que isto mesmo permite a construção de uma racionalidade

transversal entre subsistemas da sociedade mundial. Para o efeito, recorre ao conceito de razão transversal de Wolfgang Welsch, um conceito de razão que não tem o *status* de um hiperintelecto, impondo decretos, mas o *status* de uma faculdade de fazer transições, lançar pontes, entre discursos diferentes (pp. 38-39). Tal como a Constituição consiste num acoplamento estrutural entre política e direito, o transconstitucionalismo e a Constituição transversal, para além dessa característica, são também manifestações de uma razão transversal. Só a compreensão disto mesmo permite evitar simultaneamente os perigos de um constitucionalismo provinciano e auto-suficiente ou a evolução para um constitucionalismo imperial como *ultima ratio* do social (p. 50).

No segundo capítulo, Marcelo Neves começa por abordar a Constituição do Estado como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico (Luhmann), para depois propor que se vá para além desse conceito e se encare a Constituição do Estado como um mecanismo da racionalidade transversal entre política e direito, segundo a proposta formulada pelo autor. Isso significa que deixamos de estar perante uma mera influência recíproca entre sistemas de comunicação autónomos para nos situarmos perante uma aprendizagem entre as racionalidades próprias da política e do direito que permite o desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica. Depois de caracterizar o princípio da igualdade e o princípio democrático como as formas de racionalidade próprias, respectivamente, do direito (pp. 66 e ss.) e da política (pp. 70 e ss.), Marcelo Neves questiona: como se vinculam as racionalidades particulares dos sistemas político e jurídico mediante a Constituição transversal? Isto é, como se relacionam construtivamente o princípio da igualdade e a democracia no plano constitucional? (p. 73)

Em face do excesso de democracia, enfraquecendo o Estado de direito, orientado pelo princípio da igualdade, e do excesso do Estado de direito, em detrimento do jogo democrático, o autor sustenta que a formação de constituições estatais como instituições de racionalidade transversal depende de um contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social abrangente (pp. 77-78). Marcelo Neves dá exemplos de bloqueio da formação e desenvolvimento de uma Constituição transversal, em virtude da falha do «acoplamento estrutural». Assim sucede com os «Estados falhados», os regimes autocráticos e com os casos de constitucionalização simbólica (isto é, os casos em que ocorre uma expansão da esfera política em prejuízo da racionalidade jurídica, mas em que esta se encontra formalmente garantida: pp. 81-82). A conclusão é a de que a racionalidade transversal específica entre a racionalidade

particular do direito e da política só se desenvolveu de maneira significativa em regiões muito limitadas do globo terrestre (p. 82). Resta, todavia, saber se existe uma combinação normativa ideal entre o princípio da igualdade e o princípio democrático que define a racionalidade transversal da Constituição do Estado, ou esta é uma realidade explicável numa perspectiva sociológica. A resposta será, porventura, a de que não faz sentido a oposição assim estabelecida. E uma das razões desse sem sentido consiste no aparecimento simultâneo, no contexto dos desenvolvimentos mais recentes da sociedade mundial, de dois fenómenos de sinal contrário e que tendem a compensar-se: por um lado, uma extensão da constitucionalização simbólica aos Estados da modernidade central, através das propensões expansionistas do código económico (sobre este ponto, cfr., do autor, o importante livro *A Constitucionalização Simbólica*, 2.<sup>a</sup> ed., WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, pp. 191 e ss.); por outro lado, o desenvolvimento de novas racionalidades transversais inerentes a novas constituições além dos Estados (p. 82).

Nesta sequência, Marcelo Neves discute sucessivamente (uma vez mais, uma discussão na qual é impossível não discernir uma certa oscilação entre os planos de análise normativo e descritivo) os modelos de constituição supranacional global, a constitucionalização no plano da ordem internacional, o constitucionalismo supranacional no plano regional, e a «Constituições civis» transnacionais.

Nos modelos de constituição supranacional global, Marcelo Neves inclui, antes de mais, os diversos projectos, de inspiração kantiana, de uma república mundial federal, tais como os defendidos por Ottfried Höffe e Jürgen Habermas (pp. 85 e ss.). Tais projectos falham, no entender do autor, por falta de elementos empíricos que apontem para a realização de uma ordem política unitária. A constitucionalização no plano do direito internacional, por seu turno, encontra como obstáculos o predomínio da política determinada pelas grandes potências mundiais (p. 92), a ausência de uma esfera pública mundial forte (p. 96) e ainda a inexistência de um povo constitucional, ou um seu equivalente funcional, no plano da sociedade mundial (p. 97). Marcelo Neves discute depois o constitucionalismo supranacional no plano regional, sobretudo a propósito da União Europeia, em que detecta uma certa assimetria entre o Estado de direito e a legitimação de uma política interna europeia (p. 100). Seguidamente, aborda o modelo das constituições transnacionais, sobretudo desenvolvidas entre actores privados e semi-públicos, à margem do Estado, analisando aí em especial o modelo da *lex mercatoria*

enquanto direito económico global (pp. 108 e ss.). Aqui é sobretudo patente a instrumentalização da racionalidade jurídica por outros âmbitos parciais de comunicação da sociedade mundial. No caso da *lex mercatoria* seria patente a força do código da economia mundial, a ponto de invadir o respectivo campo jurídico. Marcelo Neves salienta aqui a análise de Teubner, para o qual a ideia «Constituições civis» da sociedade mundial não surge já como acoplamento estrutural entre direito e política, mas entre o direito e outros sistemas sociais, atendendo desde logo à perda de importância da política no plano global (p. 109 e ss.).

O transconstitucionalismo não trata, porém, da racionalidade transversal entre a política e o direito, ou entre o direito e outros sistemas sociais, mas da racionalidade transversal no interior do sistema jurídico, entre ordens jurídicas diversas. É neste contexto que surgem os casos do comércio de pneus usados e da divulgação das fotografias da Princesa Carolina do Mónaco, entre muitos outros exemplos, abordados no capítulo terceiro. O transconstitucionalismo não é encarado como um instrumento capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, mas como a «única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna» (p. 122).

É neste contexto que Marcelo Neves aplica às relações entre diferentes ordens jurídicas o conceito de «hierarquia entrelaçada», desenvolvido por Douglas Hofstadter no seu conhecido livro *Gödel, Escher, Bach*, de 1979. Duas ordens jurídicas postas em contacto tendo em vista a resolução de um problema constitucional, isto é, a ordem estatal e uma ordem supranacional regional ou a ordem internacional, não se relacionam de acordo com um modelo hierárquico simples, mas antes à luz de um modelo de entrelaçamento complexo, em que cada uma das ordens envolvidas tem uma pretensão de auto-fundamentação, em grau maior ou menor, que todavia não se mostra impeditivo da construção de «pontes de transição» (pp. 189 e 237). Neste contexto, Marcelo Neves enumera as diversas manifestações simples do transconstitucionalismo, em que o mesmo articula duas ordens jurídicas distintas: o direito internacional público e o direito do Estado (de que nos dá, designadamente, como exemplo o já mencionado caso de Carolina do Mónaco, articulando o Tribunal Constitucional Federal alemão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem); o direito supranacional e o direito do Estado (em que analisa as relações entre o Tribunal de Justiça das Comu-

nidades Europeias e as diversas instâncias judiciais supremas dos Estados membros); o direito de ordens jurídicas estatais diversas (como sucede com o fenómeno da abertura – ou recusa dela – das diversas jurisdições constitucionais nacionais à jurisprudência constitucional de outros países, sendo a este propósito ilustrativa a discussão gerada em torno do caso *Lawrence v. Texas*, decidido pela *Supreme Court* americana); entre ordens jurídicas nacionais e transnacionais (sendo a este propósito ilustrativos os fenómenos da relação da *lex mercatoria* e da *lex sportiva* com os tribunais estaduais); entre ordens jurídicas estaduais e ordens jurídicas locais extra-estaduais (sendo aqui relevantes as relações entre os Estados e as ordens normativas das comunidades indígenas); entre direito supranacional e direito internacional (por exemplo, a relação entre a União Europeia e a Organização Mundial do Comércio).

No capítulo quarto, o transconstitucionalismo é analisado numa dimensão em que não está já apenas em causa a relação entre duas ordens jurídicas, da mesma espécie ou de tipos diferentes, mas entre uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos. Antes, no capítulo terceiro, o autor preocupara-se sobretudo em elencar os diversos modos simples do transconstitucionalismo, em que este se manifesta como a racionalidade transversal a duas ordens jurídicas, mas é agora que o conceito se mostra adequado a exprimir o seu rendimento enquanto conceito operativo de um «sistema jurídico mundial de níveis múltiplos» (p. 235). Se a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, o transconstitucionalismo revela-se como a racionalidade própria do subsistema jurídico mundial que lhe corresponde. Tal como sucede com o sistema social, estamos «perante um sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as relações heterárquicas» (p. 237). Uma vez mais, deparamo-nos com um nexo circular entre ordens jurídicas que admite a noção de uma hierarquia entrelaçada, mas não uma conexão escalonada.

É no transconstitucionalismo mundial de níveis múltiplos que surgem, de modo especial, problemas de «direitos fundamentais» ou «direitos humanos». Marcelo Neves propõe que os direitos humanos sejam definidos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade mundial e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social. Tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. A diferença entre ambos reside apenas na sua pretensão de validade: os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada; os

direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos (pp. 252-253). Mas o que significa dizer que os direitos humanos dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade? Segundo Marcelo Neves, a pessoa constitui um acoplamento estrutural entre homem e sociedade: a sociedade não pode tratar os homens como meros corpos e mentes, nem os homens podem pôr em causa a sociedade através dos seus impulsos e desejos (p. 255).

Uma vez que o transconstitucionalismo implica a questão permanente da dupla contingência entre diversas ordens jurídicas, sobretudo os seus tribunais, o seu método não pode extrair-se do modelo de identidade de uma ordem jurídica determinada. O ponto de partida consiste precisamente na dupla contingência, isto é, na observação recíproca entre *ego* e *alter*, entendidos aqui como termos que remetem não apenas para interações entre pessoas distintas, mas também entre sistemas sociais, incluindo o direito como sistema funcional abrangente e ainda as suas organizações e ordens jurídicas (p. 270). A dupla contingência conduz-nos assim à questão do reconhecimento. O que está em causa é, nessas diversas interações, respeitar a liberdade do outro e levar a sério a sua perspectiva (p. 272). Para a metodologia do transconstitucionalismo é, pois, fundamental a tensão permanente entre identidade constitucional e a sua alteridade.

Neste contexto, Marcelo Neves critica o modelo de ponderação segundo princípios, na linha da formulação de Robert Alexy. Essa crítica arranca precisamente da circunstância de o modelo dos princípios não levar adequadamente em conta o problema da incomensurabilidade das perspectivas, partindo antes de uma noção muito radical de identidade. Em primeiro lugar, o modelo de Alexy parte da identidade dos princípios como direitos ilimitados *prima facie*, que apenas sofrem restrições no processo de ponderação com outros princípios. A verdade, porém, é que já *prima facie* o direito de *ego*, fundado num princípio, implica uma limitação do direito de *alter*, fundado no mesmo princípio (por exemplo, a liberdade). Em segundo lugar, o modelo dos princípios pressupõe a possibilidade de alcançar uma identidade superior ponderadora, isto é, um denominador comum que otimiza os princípios em face da colisão. Este modelo teria que ser substituído, encontrando-se, em vez dele, um modelo centrado na busca de uma permanente possibilidade de alteração da identidade em face do outro (pp. 273-274).

No capítulo quinto, o autor trata das perspectivas do constitucionalismo, analisando três aspectos: as condições empíricas da sua realização; a sua con-

figuração como uma exigência funcional da sociedade moderna; a pretensão normativa que lhe subjaz, no sentido de enfrentar adequadamente o problema da inclusão/exclusão das pessoas. Quanto ao primeiro aspecto, está sobretudo em causa o equilíbrio entre as «frágeis formas jurídicas do direito ambiental, do direito social e dos direitos humanos» e as «fortes formas do direito do contrato, da propriedade, do mercado e do poder» (p. 286). No âmbito do segundo aspecto, Marcelo Neves discute as potencialidades do transconstitucionalismo para a promoção de uma «ordem diferenciada de comunicações» (p. 287). Finalmente, no que se refere à pretensão normativa, afirma os méritos da promoção da inclusão, através da universalização dos direitos, contra a eventualidade de se ser membro ou não de uma determinada comunidade (p. 293).

Finalmente, o livro encerra com uma imagem particularmente impressionante quanto às potencialidades do transconstitucionalismo relativamente à solução dos problemas constitucionais: aquilo que não cabe no ângulo de visão de um dos observadores pode ser visto pelo outro. Aquilo que está fora do ângulo de visão de um, ou no seu ângulo morto, pode ser visto pelo outro. Na expressão do autor, «o ponto cego, o outro pode ver» (p. 298). O que significa isto? Muito simplesmente, significa que a falência das ordens jurídicas estaduais como *locus* privilegiado de resolução dos problemas constitucionais não nos deve conduzir a novas ilusões: «internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável» (p. 297). Sem pôr em causa os contributos de todos estes «-ismos», mas sem admitir as tentativas de preponderância de cada um deles sobre os demais, o transconstitucionalismo consiste, afinal, na possibilidade real de enquadrar teoricamente uma efectiva difusão dos problemas constitucionais, fazendo que estes se emancipem do Estado, mas não os deixando enclausurar em qualquer outra instância, supra- ou infra-estadual. Por outras palavras, o transconstitucionalismo permite que cada «observador», isto é, cada ordem jurídica, seja ela estadual ou não, contribua com o seu ponto de vista para a resolução dos problemas constitucionais.

Feita esta digressão pelas principais ideias do livro de Marcelo Neves cabe agora formular algumas reflexões sobre esta importantíssima obra. Em primeiro lugar, podemos talvez afirmar que o enorme potencial do transconstitucionalismo no plano da teoria do direito e até da filosofia política decorre



do modo como promove a compreensão do fenómeno recente da internacionalização dos direitos humanos. Mas em que termos tem lugar essa promoção? Numa história recente da afirmação dos direitos humanos à escala mundial, Samuel Moyn demonstra como essa afirmação pôde apenas ocorrer nos anos setenta do século vinte, a partir do momento em que o Ocidente deixou para trás os sonhos de revolução – para si próprio e para o terceiro mundo que anteriormente governava – e se empenhou na construção de um direito internacional dos direitos humanos. Por outras palavras, os direitos humanos emergiram historicamente como a última utopia, uma utopia que se tornou poderosa e proeminente apenas porque outras visões implodiram. Ao mesmo tempo, Moyn salienta que a importância adquirida pelos direitos humanos coincide com uma certa rejeição da utopia política e coloca a questão de saber se os direitos humanos devem limitar-se a constituir restrições éticas mínimas a uma política responsável ou, pelo contrário, devem aspirar a constituir-se como uma utopia política do futuro (cfr. Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., e Londres, 2010, pp. 4-5 e 226-227). Pois bem, coloca-se a questão de saber se o transconstitucionalismo não será a manifestação, na teoria do direito, do fenómeno da afirmação da utopia minimalista dos direitos humanos em face do colapso de todas as demais utopias maximalistas. Com efeito, o transconstitucionalismo promove os direitos humanos enquanto racionalidade transversal a diversas ordens jurídicas e ao fazê-lo compensa as insuficiências de cada uma dessas ordens no que toca a assumir a realização dos direitos humanos no seu seio.

O que acaba de ser dito leva-nos a questionar em que medida não será o transconstitucionalismo uma expressão de um processo de reconhecimento jurídico dos direitos humanos cujo lado reverso consistiria na perda de importância do político. O próprio Marcelo Neves nos dá conta, por diversas vezes, desta perda de importância (pp. 82, 100, 107, 109 e ss.).

Um segundo aspecto que aqui gostaria de referir prende-se com a proximidade entre o transconstitucionalismo, enquanto fenómeno de irradiação dos problemas constitucionais entre diferentes ordens jurídicas, e o problema subjacente à designada eficácia externa dos direitos fundamentais, enquanto fenómeno de irradiação dos problemas constitucionais para diferentes áreas normativas no interior de uma mesma ordem jurídica estadual, mormente o direito privado. A questão que se coloca é a de saber se a racionalidade transversal a diversas ordens jurídicas pode ser de algum auxílio na compre-

ensão do fenómeno da irradiação dos problemas constitucionais para todos os sectores de uma ordem jurídica estadual. E isso acontece na medida em que a racionalidade própria do transconstitucionalismo com um discurso centrado na alteridade em vez da identidade, nas relações heterárquicas em vez das relações hierárquicas (quando se fala em hierarquia e heterarquia tem-se em vista, no primeiro caso, uma ordem vertical de determinados elementos segundo o seu valor e, no segundo caso, uma ordem horizontal e bidireccional, caracterizada pela ausência de poder entre os diversos elementos que a compõem e a aceitação de uma influência mútua entre os mesmos), nos permite compreender com mais facilidade os problemas próprios da difusão dos direitos fundamentais nas diversas áreas da ordem jurídica e o carácter insustentável da tese que pretende serem aqueles direitos directamente aplicáveis nas relações entre particulares. Não está simplesmente em causa a imposição dos direitos fundamentais, como «direito supra-legal», no plano do designado direito ordinário, mas uma adequada avaliação das especificidades de cada sector da ordem jurídica onde se pretenda fazer valer aqueles direitos. Numa sociedade funcionalmente diferenciada, as colisões entre direitos fundamentais ganham antes em ser encaradas como decorrentes de conflitos entre subsistemas sociais (cfr., a este propósito, Ralph Christensen e Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlim, 2007, p. 6).

Em terceiro lugar, uma palavra ainda (para conter este escrito nos limites de uma simples recensão) sobre o posicionamento do transconstitucionalismo entre a sociologia do direito e a ciência jurídica. Dito de outro modo, estamos perante uma abordagem sociológica ou normativa? O estabelecimento de pontes de transição entre diferentes ordens jurídicas é uma exigência normativa que se impõe aos operadores de cada uma delas ou uma decorrência inelutável da própria inserção dessas ordens numa sociedade mundial? A resposta porventura correcta é a de que o transconstitucionalismo é cada uma dessas duas coisas sem renunciar a ser a outra. Seria talvez possível afirmar que a perspectiva teórica em que se coloca Marcelo Neves, fortemente influenciada pela teoria dos sistemas de Luhmann, ao mesmo tempo que postula um objecto social diferenciado e multicêntrico, pretende acomodar e articular no seu seio todos os saberes que incidem sobre os fenómenos sociais.

Finalmente, importa mencionar a relação entre transconstitucionalismo e interconstitucionalidade. A leitura da obra de Marcelo Neves não pode

deixar de evocar a teoria da interconstitucionalidade, tal como desenvolvida por Gomes Canotilho no seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1425 e ss.; cfr., ainda, do autor, «Brançosos» e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2008, esp. pp. 265 e ss.). Os pontos de contacto entre as duas construções consistem no reconhecimento da necessidade de articulação entre constituições de diferentes ordenamentos e na recusa da procura de novas unidades político-jurídicas abrangentes que substituam os Estados nacionais, sem deixar de reconhecer as insuficiências destes para a resolução dos problemas constitucionais. Mas a teoria da interconstitucionalidade surge ainda essencialmente situada no contexto da discussão da evolução político-constitucional europeia, sem estar necessariamente a ela limitada. É neste contexto que faz sentido a afirmação de que as constituições dos Estados não perdem a sua identidade em virtude de estarem agora em interligação umas com as outras. A interconstitucionalidade pressupõe sempre a articulação entre duas ordens constitucionais. O transconstitucionalismo situa-se num outro plano, na medida em que a racionalidade transversal que procura desvelar pode pôr em contacto duas ordens jurídicas assentes numa Constituição, mas também uma ordem jurídica estadual e uma ordem jurídica tradicional, como sucederá por exemplo no Brasil, e até diversas ordens jurídicas em simultâneo, sejam elas locais, nacionais, supranacionais, transnacionais, incluindo ainda a ordem internacional.

A importância do trabalho de Marcelo Neves consiste, pois, em fazer a teoria do direito constitucional compreender que é inevitável o seu ingresso na era da governação global, sem que esse ingresso signifique a construção de novas unidade políticas abrangentes, na verdade, segundo o autor, de novas ilusões. Neste sentido, a sua obra coloca o direito constitucional no caminho que o direito internacional e as relações internacionais já vão decididamente trilhando. Os Estados já não se relacionam apenas através dos diplomatas, mas de uma pluralidade de canais, entre os quais o judicial. Por outras palavras, o Estado unitário é substituído pelo Estado desagregado. Ora, como afirma Anne-Marie Slaughter (cfr. *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, pp. 5-6, obra de resto citada no livro de Marcelo Neves, que integra aliás uma bibliografia exaustiva), «ver o mundo através das lentes de Estados desagregados e já não unitários, permite aos líderes, *policymakers*, analistas, ou simplesmente aos cidadãos preocupados ver aspectos do sistema político global que estavam previamente escondidos». É também com esta imagem

de um de campo de visão alargado (confessadamente inspirada num trabalho de Niklas Luhmann de 1990 com o título sugestivo de «Eu vejo aquilo que tu não vês»), possibilitado pela racionalidade transversal do constitucionalismo, que termina a obra de Marcelo Neves: «o ponto cego, o outro pode ver».

# NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – Janeiro a Março de 2011

*elaborado por Catarina Anastácio*

## CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ALBERT A. FOER/JONATHAN W. CUNEO/RANDY STUTZ/BOJANA VRCEK (orgs.) – *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS – *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.

ANDREW MACNAB, *Bellamy and Child: Materials on European Community Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

BARRY E. HAWK – *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2010*, Huntington: Juris Publishing, 2011.

CARON BEATON-WELLS/ARIEL EZRACHI (orgs.) – *Criminalising Cartels – Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.

DANIEL A. CRANE – *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford: Oxford University Press USA, 2011.

Federico F. Etro/Ioannis I. Kokkoris – *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford: Oxford University Press USA, 2011.

FRANCESCO DENOZZA/ALBERTO TOFFOLETTO – *International Encyclopedia of Law – Competition Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

GORDON BLANKE/PHILLIP LANDOLT – *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

JOANNA GOYDER – *EU Distribution Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.

JURGEN BASEDOW/WOLFGANG WURMNEST (orgs.) – *Structure and Effects un EU Competition Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

MARCO BOTTA – *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

PETER ROTH/VIVIEN ROSE – *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

STEVEN ANDERMAN/ARIEL EZRACHI – *Intellectual Property and Competition Law – New Frontiers*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

STEVEN ANDERMAN/HEDVIG SCHMIDT – *EU Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.

#### **REGULAÇÃO - NACIONAL**

AAVV – *Direito dos Valores Mobiliários – Vol. X* (org. José de Oliveira Ascensão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA – *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

C&R

ACTUALIDADES





# ACTUALIDADES

*elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral*

## EVENTOS E CONFERÊNCIAS

*Realizados*

### **Colóquio Comemorativo do 1.º Aniversário da Revista de Concorrência e Regulação**

*Lisboa, 14 de Abril de 2011*

Realizou-se no passado dia 14 de Abril, na Fundação Calouste Gulbenkian, em Lisboa, o Colóquio Comemorativo do 1.º Aniversário da Revista de Concorrência e Regulação.

A Autoridade da Concorrência e o Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pretenderam assinalar, desta forma, o primeiro ano da Revista de Concorrência e Regulação (C&R), com quatro edições já publicadas.

A Sessão de Abertura contou com a presença de representante da Fundação Calouste Gulbenkian, do Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, bem como do Presidente da Autoridade da Concorrência, Prof. Doutor Manuel Sebastião, e do Vice-Presidente do IDEFF, Prof. Doutor Luís Morais.

Em seguida, foram proferidas duas alocações por prestigiados especialistas. O Prof. Doutor Daniel Bessa, Director-Geral da COTEC Portugal - Associação Empresarial para a Inovação, proferiu uma exposição subordinada ao tema “Contributo da Política de Concorrência para a Competitividade Económica das Empresas Portuguesas”.

O Prof. Doutor Jean-François Bellis, da Université Libre de Bruxelles, realizou uma apresentação sobre a recente reforma do regime jurídico das restrições verticais na União Europeia. Recorde-se que este tema foi objecto de um dos dossiers temáticos do n.º 4 da Revista C & R.

O Colóquio foi encerrado após um período de debate, assinalando-se a presença de representantes de Reguladores Sectoriais, Advogados e outros especialistas em direito e economia da concorrência e regulação.

*A realizar*

*Nacionais*

**INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)**

O Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa (IDEFF) realiza, a partir de Abril do corrente ano e até ao mês de Novembro, um novo Curso de Pós-Graduação, intitulado “REFORMA DA REGULAÇÃO FINANCEIRA – NA SEQUÊNCIA DA CRISE INTERNACIONAL”. Este Curso resulta de uma parceria entre, por um lado, o IDEFF e o Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa e, por outro lado, o Instituto de Formação Bancária e o Instituto Superior de Gestão Bancária. A análise dos temas será feita de forma interdisciplinar – económico-financeira e jurídica – e contará com a docência de reputados especialistas em matéria de regulação financeira, provindos de universidades e centros de investigação europeus e norte-americanos de primeiro plano. O Curso conta também com o apoio de várias autoridades de regulação financeira, de associações internacionais de reguladores, bem como de Instituições Europeias. Pretende-se, deste modo, proporcionar uma análise global, sistemática e proactiva das grandes tendências de reforma da regulação financeira e em particular da regulação bancária, na sequência da crise económica internacional, assegurando em primeira mão um acompanhamento crítico desse movimento e antecipando até algumas das suas etapas próximas ou prováveis.

Para além do seu carácter multidisciplinar, o Curso assentará numa perspectiva dinâmica, procurando dar nota das reformas em curso neste domínio, conciliando ainda uma dimensão teórica com a componente prática, ao incorporar critérios ou parâmetros de supervisão financeira e, também, a cultura de “*compliance*” existente nas instituições financeiras (*maxime*, dos bancos).

O Curso compreende a realização de Seminários Especializados e, bem assim, de Workshops/Conferências temáticos. Os Seminários Especializados são os seguintes: 1) A Evolução do Direito e Regulação do Mercado Único Financeiro na UE – Visão geral; 2) A Nova Arquitectura de Supervisão Financeira Pós-Larosière – O Conselho Europeu de Risco Sistémico e as Novas Autoridades Europeias de Supervisão Financeira; 3) O Novo Enquadramento das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira – Os instrumentos utilizáveis por estas Autoridades e a sua articulação com Auto-

ridades Nacionais; 4) Novo Enquadramento Europeu de Supervisão “*One Stop Shop*” de Instituições Financeiras com Alcance Transeuropeu – Agências de notação de crédito, “*clearing houses*”, “*hedge funds*”, “*private equity*” e outros casos, 5) A Reforma da Regulação Financeira dos Bancos e Basileia III – O roteiro a seguir em direcção a Basileia III; 6) Desenvolvimento de Novos Modelos de Regulação e Supervisão Bancária – Os modelos de regulação bancária no quadro da reforma de Basileia II; 7) Modelos de Supervisão Financeira a Nível Nacional, Desenvolvimentos Recentes e em Perspectiva – Os Modelos de supervisor único, de “*Twin Peaks*” e de supervisão em três pilares; 8) Problemas de Regulação e Supervisão de Conglomerados Financeiros – “*Governance*”, reestruturação e liquidação de estruturas financeiras complexas na UE, os denominados “*living wills*” e questões conexas; 9) Perspectivas de Reforma da Regulação e Supervisão dos Mercados de Capitais – Enquadramento regulatório dos mercados de capitais ao nível da UE e a nível internacional; 10) Perspectivas de Reforma da Regulação e Supervisão dos Seguros e Fundos de Pensões – Enquadramento regulatório dos seguros e fundos de pensões ao nível da UE e a nível internacional; 11) A Gestão da Crise Financeira e Relações entre Mercados de Dívida Pública, Mercados Monetários e Mercados Financeiros em Geral – As recentes propostas de enquadramento europeu para a gestão de crises no sector financeiro São docentes Luís Silva Morais, Pedro Gustavo Teixeira, Sérgio Gonçalves do Cabo, René Smits, Karel Lannoo, Diego Valiante, Harald Benink, Rosa Lastra, Michael Taylor, John Kay, David T. Llewellyn e Gabriel Bernardino.

Para além destes Seminários Especializados, encontram-se também previstas duas Conferências Internacionais, subordinadas aos temas “Perspectivas Internacionais de Reforma da Regulação Financeira” e “Perspectivas Gerais da Reforma da Regulação Financeira na EU” tendo como “*Keynote Speakers*”, respectivamente, o Professor Charles Goodhart e do Dr. Vitor Constandio.

### **Conferência ANACOM 2011 - Liberalização do serviço postal: ano um** *Lisboa, 6 de Outubro de 2011*

A quinta conferência internacional da ANACOM irá abordar a liberalização do serviço postal na União Europeia, com o objectivo de reflectir sobre o processo de liberalização e sobre os desafios que se colocam à regulação e aos intervenientes no mercado.

Mais informação disponível em:

<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1077301>

*Internacionais*

**13th Annual Residential EU Competition Law Summer School**

*Cambridge, 8 a 12 de Agosto de 2011*

A *IBC Legal* organiza mais uma edição deste curso que irá abordar temas variados, que incluem acordos entre empresas, abuso de posição dominante, “*private enforcement*”, questões processuais e controlo de concentrações, entre outros.

Mais informação disponível em:

<http://www.informaglobalevents.com/event/EU-competition-law-summer-school-2011-cambridge>

**38th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy**

*Nova Iorque, 7 e 8 de Setembro de 2011*

Organizada pelo *Fordham Competition Law Institute*, esta Conferência anual conta com a participação de prestigiados oradores, destacando-se uma sessão sobre a lei e política de concorrência na China.

Mais informação disponível em:

<http://law.fordham.edu/fordham-competition-law-institute/21503.htm>

**15th Annual Competition Conference**

*Florença, 16 e 17 de Setembro de 2011*

Nesta conferência, apresentada pelo *IBA Antitrust Committee*, irão ser debatidos os mais recentes desenvolvimentos ao nível da política da concorrência, nas suas diversas vertentes, incluindo práticas restritivas da concorrência e controlo de operações de concentração de empresas.

Mais informação disponível em:

<http://www.int-bar.org/conferences/conf382/>

**IBC Legal's Competition Law Challenges in the Retail Sector 2011**

*Bruxelas, 6 de Outubro de 2011*

A *IBC Legal* promove esta conferência para discussão dos desenvolvimentos mais relevantes no sector do retalho na Europa, incluindo inquéritos sectoriais recentemente realizados e aspectos sobre acordos entre empresas verticais e de cooperação horizontal.

Mais informação disponível em:

<http://www.informaglobalevents.com/event/Competition-Law-Retail-Sector-Conference-2011>

**Using Economics in Competition Law**

*Oxford, 10 e 11 de Outubro de 2011*

Esta conferência organizada pela Oxera abordará o papel da prova económica na aplicação do direito da concorrência, incluindo as principais teorias económicas utilizadas pela Comissão Europeia, Autoridades de concorrência nacionais e Tribunais.

Mais informação disponível em:

<http://www.oxera.com/main.aspx?id=9287>



## NOTAS CURRICULARES

### ANNETTE BONGARDT

Annette Bongardt é Professora Associada na Universidade Fernando Pessoa, Investigadora sénior no IEEI e Professora Convidada regular (e coordenadora) de Estudos Europeus e Políticas Económicas e Sustentabilidade no Instituto Nacional de Administração, em Oeiras. Doutorou-se em Economia em 1990 (Ph.D.) no Instituto Universitário Europeu em Florença. Foi *R. Schuman Post-Doctoral Fellow* da Comissão Europeia no CEPS (Bruxelas), Investigadora/Assistente na *Rotterdam School of Management* e investigadora ajunta no ICER, em Turim, e Visitante Académica e consultora da Comissão Europeia. Também foi Professora Erasmus na Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa, onde tem ensinado desde então no IEE, e Professora Visitante nas Universidades de Aveiro (Associada), Pisa, Roma II e Victória, Canadá. Áreas de investigação: integração e governança europeia (MI, Concorrência, estratégias de Lisboa e Europa 2020), políticas do ambiente e imigração e sustentabilidade.

*Annette Bongardt is Associate Professor at Fernando Pessoa University, Associate Research Fellow at the Institute for Strategic and International Studies and a regular Visiting Professor (and coordinator) of European Studies at the Portuguese National Institute of Administration. She received her Ph.D. in Economics from the European University Institute, Florence, in 1990. Thereafter she has been, among others, R. Schuman Post-Doctoral Fellow of the European Commission at CEPS (Brussels), Wetenschappelijk Onderzoeker/Assistant Professor at the Rotterdam School of Management and Senior Research Fellow at ICER (Turin) and academic visitor and consultant of the European Commission. She has also been Erasmus Professor at UCP (Lisbon), where she has been teaching at the IEE, and visiting Professor at the Universities of Aveiro, Pisa, Roma (II) and Victoria, Canada. Her research interests and publications range from European Integration and Governance (IM, competition policy, Lisbon and Europe 2020 strategies) to environmental and migration policies and economic sustainability.*

### ANTÓNIO PEDRO SANTOS

Economista Sénior do Gabinete de Acompanhamento de Mercados da Autoridade da Concorrência, onde desempenha funções desde 2005, sobretudo no sector da energia (combustíveis) e telecomunicações. Anteriormente foi Associado da Roland Berger, com projectos desenvolvidos na área dos bens de grande consumo, e analista financeiro do departamento de *Corporate Finance* (Fusões e Aquisições) do BPI. Detém o grau de MBA atribuído pela Universidade de Cornell (Estados Unidos) em 2005, participou no IEP da London Business School em 2004 e é licenciado em economia pela Universidade do Porto (1999).

*Senior Economist at the Portuguese Competition Authority since 2005, working for the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring, mainly in the energy (fuel) and telecom industries. Developed projects in the FMCG industry as Roland Berger Strategy Consultants Associate and was business analyst at the M&A department of BPI. Holds an MBA (2005) degree from Cornell University, participated in the IEP at the London Business School (2004) and graduated in Economics at Porto University (1999).*

### ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO

Licenciado, Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da Academia Militar. Técnico superior do Ministério das Finanças (Direcção-Geral do Tesouro). Advogado da Direcção de Assuntos Jurídicos da Caixa Geral de Depósitos. Adjunto de Gabinete do Provedor de Justiça. Director da Direcção de Assuntos Jurídicos do Instituto Nacional de Aviação Civil. Subinspector-Geral do Ambiente. Inspector-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território. Autor de várias publicações. Conferencista em matérias da sua especialidade.

*Graduate, Master and PhD student in Law from the University of Lisbon Law School (FDUL). Teaching Assistant Professor at the FDUL. Professor at the Military Academy. Official at the Ministry of Finance (Directorate-General of the Treasury). Lawyer at the Directorate of Legal Affairs at the CGD - Caixa Geral de Depósitos (Portuguese bank). Assistant of the Portuguese Ombudsman's cabinet. Director of the Legal Affairs' Department at the National Institute of Civil Aviation. Deputy Inspector General of the General Inspectorate for the Environment and Town and Country Planning. Inspector General of the General Inspectorate for the Environment and Town and Country Planning. Author of several publications. Speaker in the fields of his expertise.*



**GIULIO FEDERICO**

Giulio Federico é Consultor Sénior na *Charles River Associates*, *Policy Research Fellow* no *Public-Private Sector Research Centre* da *IESE Business School* e Professor Convidado na *Barcelona Graduate School of Economics*. O seu trabalho e investigação centram-se sobretudo em duas áreas: assuntos de política pública no sector da energia e política de concorrência. Prestou assessoria económica a partes em diversos casos de referência de práticas restritivas da concorrência, na Europa e na África do Sul. Recentemente foi autor de dois relatórios aprofundados sobre os mercados da energia espanhol e europeu, ambos publicados pelo *Public-Private Sector Research Centre* da *IESE Business School*. Escreveu também diversos *policy papers* sobre questões de concorrência, recentemente publicados no *Journal of Competition Law and Economics*, no *Journal of European Competition Law and Policy* e na *European Competition Law Review*. É Doutorado em economia pela Universidade de Oxford.

*Giulio Federico is a Senior Consultant with Charles River Associates, a Policy Research Fellow at the Public-Private Sector Research Centre of IESE Business School, and a Guest Professor at the Barcelona Graduate School of Economics. His work and research focuses primarily on two areas: public policy issues in the energy sector; and competition policy. He has provided economic advice to parties in several high-profile antitrust matters, in Europe and in South Africa. He has recently authored two detailed reports on the Spanish and European energy markets, both published by the Public-Private Sector Research Centre of IESE Business School. He has also written several policy papers on competition issues, recently published in the Journal of Competition Law and Economics, the Journal of European Competition Law and Policy, and the European Competition Law Review. He holds a Ph.D in economics from the University of Oxford.*

**GONÇALO ANASTÁCIO**

Sócio da SRS Advogados e Docente da Pós-graduação em Direito da Concorrência e Regulação da Faculdade de Direito de Lisboa/IDEFF. Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pós-graduado em Estudos Europeus pelo *Collège des Hautes Études Européennes* da Sorbonne (Paris I) e Mestre em Direito Comunitário pela Faculdade de Direito de Lisboa, onde foi Assistente de 1997 a 2007. É Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência pela Ordem dos Advogados e foi *Partner* da *Simmons & Simmons*.

*Equity Partner of SRS Advogados law firm and teacher at the Competition and Regulatory Law post-graduation of the University of Lisbon Law School (IDEFF). Graduate from University of Coimbra Law School, post graduate in European Studies by the Collège des Hautes Études Européennes of Sorbonne (Paris I) and master in EU law by the University of Lisbon Law School, where he taught the undergraduate course from 1997 to 2007. Specialist lawyer in European and Competition Law by the Portuguese Law Society and former Partner of Simmons & Simmons.*

### **HELOÍSA OLIVEIRA**

Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2007), onde é Monitora desde 2007. Concluiu a parte escolar do Mestrado em Ciências Jurídico-Ambientais em 2009 na mesma Faculdade, encontrando-se actualmente a preparar tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. É Advogada no Departamento de Direito Público da sociedade de advogados Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

*Graduated from the University of Lisbon Law School (2007), where she has been an Graduate Teaching Assistant since 2007. Completed Masters training course in Environmental Law at the same Law School, where she is currently a Ph.D student in Public Law. Lawyer in the Public Law Department of Cuatrecasas Gonçalves Pereira.*

### **IOANNIS KOKKORIS**

Ioannis Kokkoris é Professor na Universidade de Reading, no Reino Unido. Anteriormente, era *Principal Case Officer/Economic Advisor* no *Office of Fair Trading*, no Reino Unido, onde trabalhou em casos de referência e foi membro da comissão de redacção das *UK Merger Guidelines*. Trabalhou na Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, bem como no *US Federal Trade Commission* (EUA). A sua formação académica combina Direito e Economia. Tem uma Licenciatura em Economia (Essex, Reino Unido) e Mestrado em Economia (Cambridge, Reino Unido), bem como Mestrado (Warwick, Reino Unido) e Doutoramento (Ph.D) em Direito da Concorrência (*King's College* de Londres, Reino Unido) e realizou investigação na *Harvard Law School*. É autor e co-autor de 12 livros e escreveu mais de 40 artigos em revistas de referência. As suas obras mais recentes incluem o livro *Antitrust Law Amidst Financial Crisis*. Actualmente está a escrever uma obra sobre remédios em direito da concorrência em co-autoria e um livro sobre controlo de concentrações na União Europeia.

*Ioannis Kokkoris is a Reader at the University of Reading, in the UK. Prior to that he was a Principal Case Officer/Economic Advisor at the Office of Fair Trading, UK, where he dealt with leading cases and he was a member of the drafting team of the UK Merger Guidelines. He has worked at the DG Competition European Commission, as well as the US Federal Trade Commission. His background combines both law and economics. He holds a BA in Economics (Essex, UK) and an MPhil in Economics (Cambridge, UK), as well as an LLM (Warwick, UK) and a PhD in Competition Law (King's College London, UK) and has conducted research at Harvard Law School. He has authored/co-authored/edited 12 books and has written over 40 articles in leading journals. His most recent books include Antitrust Law Amidst Financial Crisis. He is in the process of co-authoring a book on remedies in competition law and is authoring a book on EU Merger Control.*

### **JEAN-FRANÇOIS BELLIS**

Jean-François Bellis é um dos sócios fundadores da *Van Bael & Bellis*, em Bruxelas. Desde 1998, é Professor no Instituto de Estudos Europeus da Universidade de Bruxelas, onde ensina Direito Europeu da Concorrência. Como advogado, participou em casos de referência, perante a Comissão e os Tribunais Europeus, nas áreas do direito da concorrência e comercial. Participou num painel da Organização Mundial do Comércio no caso “Automotive Leather subsidy” entre EUA e Austrália. Tem extensa obra nas áreas do direito da concorrência e do comércio internacional.

*Jean-François Bellis is one of the founding partners of Van Bael & Bellis, Brussels. Since 1998, he has been a professor at the Institute of European Studies at the University of Brussels, where he lectures on European Competition Law. As an advocate, he has appeared before the Commission and the European Courts in a number of landmark cases in the field of competition and trade law. He served as a member of a WTO panel in the Automotive Leather subsidy case between the US and Australia. He has extensively written on competition and international trade law.*

### **JOÃO E. GATA**

Doutorado em Economia pela Universidade de Minnesota/Twin Cities/EUA. É Director do Gabinete de Estudos Económicos e do Gabinete de Acompanhamento de Mercados da Autoridade da Concorrência (AdC) desde Agosto de 2008, tendo também desempenhado funções de Economista-Chefe

na AdC, bem como de economista sénior no Departamento de Operações de Concentração da AdC. Foi também Director-Geral do Departamento de Prospectiva e Planeamento do MAOTDR. Foi docente na Universidade de Minnesota, na Universidade de York no Reino Unido, no Instituto Superior de Gestão em Lisboa e na Universidade de Aveiro, onde ainda é docente. Tem publicações em aplicações de teoria dos jogos. Os seus interesses actuais na investigação abrangem questões gerais em economia da concorrência e em economia institucional.

*Ph.D in Economics from the University of Minnesota/Twin Cities/USA, has been Director of the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring at the Portuguese Competition Authority (PCA) since August 2008, where he also worked as chief-economist from August 2007 and August 2008 and, previously, as senior economist at the PCA Merger Department. He has also worked as director-general of the Department of Forecasting and Planning at the Ministry for the Environment. Before that he held faculty positions at the the University of Minnesota, at the University of York in the UK, at the Instituto Superior de Gestão in Lisbon and at the University of Aveiro, where he still teaches. He has publications on applied game theory. His current research interests are on economics of competition policy and on institutional economics.*

#### **JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO**

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela UGF (Brasil), Mestre em Direito – Ciências Penais pela UCAM (Brasil) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ (Brasil). Autor do livro Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras e co-coordenador do livro Temas de Direito Penal – Parte Geral.

*Professor at the Federal Rural University of Rio de Janeiro and Public Defender of the State of Rio de Janeiro. Doctor of Laws by UGF (Brazil), Master in Law – Criminal Science by UCAM (Brazil) and Bachelor of Law and Social Sciences by UFRJ (Brazil). Author of the book General Theory of Crime Participation and Neutral Actions. Co-coordinator of the book Topics of Criminal Law – General Part.*

#### **MIGUEL MENDES PEREIRA**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1992). Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Faculdade de Direi-

to da Universidade de Lisboa (1998). LL.M em Estudos Jurídicos Europeus pelo Colégio da Europa, Bruges (1994). Sócio da Abreu Advogados desde Outubro de 2008. Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa desde 1992, leccionando actualmente Direito da União Europeia. Jurista Consultor-Principal junto do Conselho da Autoridade da Concorrência (2006-2008). Referendário no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, Luxemburgo (2004-2006). Administrador na Comissão Europeia, Direcção-Geral da Concorrência, Bruxelas (2000-2004). Director do Departamento Jurídico do Grupo Lusomundo, Lisboa (1997-2000). Advogado Associado e Advogado Estagiário da Soares Machado, Athayde de Tavares, Andrade Ramos e Associados, Lisboa (1992-1997).

*Miguel Mendes Pereira is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (1992). Master in European Legal Sciences, from Lisbon University Law School (1998). LL.M in European Legal Studies, College of Europe, Bruges (1994). Partner with Abreu Advogados since October 2008. Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School since 1992, currently teaching EU Law. Lead Legal Adviser, Portuguese Competition Authority (2006-2008). Legal Secretary (référéndaire), Court of First Instance of the European Communities, Luxembourg (2004-2006). Administrator, DG Competition of the European Commission, Brussels (2000-2004). Head of Legal Affairs, Lusomundo Group, Lisbon (1997-2000). Associate Lawyer and Trainee Lawyer with Lisbon-based law firm Soares Machado, Athayde de Tavares, Andrade Ramos & Associados (1992-1997).*

#### **MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO**

É Advogado e Professor Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por onde é Licenciado, Mestre e Doutor. Exerce a sua actividade predominantemente no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Tem vários livros e artigos publicados nas áreas do Direito Constitucional e da Filosofia Política.

*Miguel Nogueira de Brito is a lawyer and a Professor at the University of Lisbon Law School, where he has obtained his Law Degree, an LL.M. and a PhD. He has published several books and articles in the areas of Constitutional Law and Political Philosophy.*



*Colaboração com a*

## 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, 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 português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
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 electrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço electrónico revista@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço electrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço electrónico 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, 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 the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
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, by contacting [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
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 Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.



# ÓRGÃOS SOCIAIS

## DIRECÇÃO

João Espírito Santo Noronha/Luís Silva Morais

## CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** Eduardo Paz Ferreira/Manuel Sebastião

### **Membros:**

António Avelãs Nunes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Berger

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Floriano Marques

François Souty

Frederic Jenny

Geraldo Prado

Gerhard Dannecker

Germano Marques da Silva

Giorgio Monti

Harry First

Heike Schweitzer

Ioannis Kokkoris

João Ferreira do Amaral

Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias

José António Veloso

José Danilo Lobato

José Luís da Cruz Vilaça

José de Faria Costa

José de Oliveira Ascensão

José Lobo Moutinho

José Manuel Sérvulo Correia

Jürgen Wolter

Keiichi Yamanaka

Klaus Rogall

Laurence Idot

Luís Cabral

Luís Greco

Manuel da Costa Andrade

Manuel Lopes Porto

Marco Bronckers

Maria Fernanda Palma

Mark Zöller

Miguel Moura e Silva

Miguel Nogueira de Brito

Miguel Póiares Maduro

Nicolas Charbitt

Oswald Jansen

Patrick Rey

Paulo Câmara

Paulo de Pitta e Cunha

Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos  
Pedro Pitta Barros  
Peter Freeman  
Philip Marsden  
Piet Jan Slot  
René Smits

Richard Wish  
Rosa Greaves  
Vasco Pereira da Silva  
Vito Tanzi  
William Kovacic  
Wouter Wils

## CONSELHO REDACTORIAL

**Presidente:** Paulo de Sousa Mendes

### **Comissão Coordenadora:**

Ana Perestrelo de Oliveira	Fernando Pereira Ricardo
André Forte	Nazaré da Costa Cabral
Catarina Anastácio	José Renato Gonçalves
Cristina Camacho	Sérgio Gonçalves do Cabo

### **Editores:**

*Concorrência e Regulação – Geral*

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

*Direito comunitário e comparado da concorrência*

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

*Concentrações*

António Gomes

*Direito contra-ordenacional e processual penal*

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Regulação e concorrência no sector financeiro*

Luís Máximo dos Santos

*Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas*

Ana Amante

*Regulação e concorrência no sector energético*

Gonçalo Anastácio

*Regulação e concorrência no sector dos transportes terrestres*

António Mendonça Mendes

*Regulação e concorrência no sector da aviação civil*

António Moura Portugal

*Regulação no sector da protecção ambiental*

António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

*Sector empresarial público/gestores públicos/privatizações*

Tânia Cardoso Simões

*Contratos económicos/contratos públicos*

Nuno Cunha Rodrigues

*Economia*

António Pedro Santos/João Gata/Paulo Gonçalves

*Econometria*

Jorge Rodrigues

**Secretariado Executivo:**

Lurdes Morgado

Natália Leite









